

# La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)

Por ANDRES DOMINGUEZ LUELMO

Doctor en Derecho. Universidad de León

**SUMARIO:** I. Planteamiento general.—II. La disposición testamentaria de bienes gananciales: su configuración dogmática. 1. Teoría de la eficacia absoluta y en todo caso de la partición o legado hechos por el marido. 2. Teorías de la eficacia relativa de la disposición testamentaria de bienes gananciales. A) Aplicación de la doctrina sobre el legado de cosa ajena. B) Eficacia condicionada a que la cosa se adjudique en el lote del testador. C) Aplicación de la doctrina sobre los legados de cosa propia si ésta se adjudica en el lote del testador, y la de los legados de cosa ajena en caso contrario.—III. Los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil. 1. La disposición «in abstracto» y el límite del artículo 1.379 del Código civil. 2. La disposición testamentaria de bienes gananciales concretos. A) ¿Están obligados los herederos a procurar la adjudicación de la cosa en su haber? B) Eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena. C) Conversión de legado de cosa específica en legado de cantidad «ope legis». D) Necesidad de la premuerte del cónyuge del testador. E) Especialidad de la disposición «mortis causa» de bienes gananciales. 3. La disposición a título de herencia y a título de legado. A) Régimen general del artículo 1.380 del Código civil. B) La transformación en legado de valor. 4. La disposición testamentaria de bienes gananciales sujetos al régimen de atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil. 5. Disposición testamentaria de bienes comprendidos en el artículo 1.321 del Código civil.—IV. Partición hecha por el testador en la que se incluyen bienes gananciales.—V. Contenido de la legítima ante el régimen jurídico de los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil. 1. Liquidación de la sociedad de gananciales y contenido cualitativo de la legítima. 2. Los legitimarios como destinatarios de una disposición «mortis causa» de bienes gananciales.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A pesar de que el título de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, parecería excluir toda incidencia en el terreno de la sucesión *mortis causa*, lo cierto es que también en esta materia su entrada en vigor ha supuesto una gran novedad, ya que se aprovechó la reforma para modificar o introducir algunos preceptos en el Código civil que, sin tener su origen en la aplicación del principio de igualdad (arts. 14 y 39,2 de la Constitución), ofrecían una regulación insuficiente o necesitaban adaptarse a la nueva situación creada por aquélla. Dentro de este grupo de cuestiones cabe incluir todo lo relativo a preterición (art. 814), a la nueva disciplina del «pago de la porción hereditaria en casos especiales» (arts. 841 a 847), o a la valoración de los bienes donados a efectos de la colación (art. 1.045).

No obstante, aun cuando sistemáticamente no están incluidos con los preceptos que el Código civil dedica a las sucesiones, la reforma de 1981 incorpora dos preceptos cuyo contenido pertenece en gran medida a este Derecho. Me estoy refiriendo a los artículos 1.379 y 1.380 que, en la nueva regulación de la sociedad de gananciales, disciplinan la disposición testamentaria de bienes de naturaleza ganancial.

La problemática que plantea este tipo de disposiciones *mortis causa* no es, ni mucho menos, nueva. Es evidente que ya antes de la reforma de 1981 el testador podía disponer de bienes gananciales en su testamento. La cuestión estaba en que no existía ningún precepto que específicamente se refiera al tema. Solamente el artículo 1.414 del Código civil, dentro de la sección dedicada a la administración de la sociedad de gananciales, establecía: «El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales». Se trataba, pues, de un límite cuantitativo que en nada prejuzgaba el carácter que debía darse a una disposición recayente sobre un bien ganancial concreto.

Aceptado el hecho de que los bienes gananciales puedan ser objeto de una disposición *mortis causa*, el problema estriba en averiguar cuál va a ser el régimen jurídico aplicable. Ante esta cuestión, todo va a depender, en definitiva, de los resultados de la liquidación y división de la sociedad conyugal. En este punto, ya se entienda que la disposición del cónyuge premuerto vincula o no al otro cónyuge en las operaciones liquidatorias, el resultado final puede ofrecer soluciones diferentes. Si el bien o bienes gananciales sobre los que ha recaído la disposición *mortis causa* son adjudicados en la herencia del testador, cabrá cumplir de un modo efectivo dicha disposición. En caso contrario, si son adjudicados en el lote del cónyuge superviviente, se podrá defender o bien un cumplimiento por equivalente, o bien la ineficacia de la misma.

Estas y otras soluciones intermedias, posibles a nivel teórico, re-

visten mayor complejidad si se considera que, en numerosas ocasiones, los destinatarios de una disposición de este tipo van a ser legítimos que, en cuanto tales, tienen derecho en principio a recibir su legítima *in natura*. En este supuesto, por tanto, serán difícilmente aplicables las soluciones previstas para el caso de que los bienes no sean adjudicados al lote del testador.

Además de ello, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto antes como después de la reforma de 1981, rechaza la posibilidad de incluir en la partición hecha por el testador, al amparo del artículo 1.056 del Código civil, bienes de naturaleza ganancial, lo que dificulta enormemente la posible aplicación de este precepto cuando todos, o la mayor parte de los bienes del causante revisten este carácter.

Los problemas apuntados, sin embargo, pueden ser enfocados desde otro punto de vista tras la reforma de 1981. A mi juicio, la inclusión de los nuevos artículos 1.379 y 1.380 del Código civil permite conocer mejor la naturaleza y funcionamiento de las disposiciones testamentarias de bienes gananciales y resolver las cuestiones que su aplicación plantea. Es evidente que en muchos casos se van a producir problemas de adaptación entre estos preceptos y otros no modificados. Pero, en definitiva, el dato de que por primera vez en nuestro Código civil se conceda un tratamiento específico a las disposiciones *mortis causa* recayentes sobre bienes gananciales, obliga a replantear toda la problemática aludida, teniendo muy en cuenta el tratamiento que la cuestión había recibido por parte de nuestra doctrina antes de la reforma de 1981.

## II. LA DISPOSICION TESTAMENTARIA DE BIENES GANANCIALES: SU CONFIGURACION DOGMATICA

Con anterioridad a la reforma de 1981 nada se oponía a que el causante dispusiera en su testamento de bienes gananciales. Sin embargo, ningún precepto regulaba la suerte que debían correr tales disposiciones. El artículo 1.414 del Código civil se limitaba a decir: «El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales».

Tampoco los antecedentes de este precepto arrojan demasiada luz sobre el problema. Su redacción coincide casi literalmente con la del artículo 1.335 del Proyecto de 1851 (1). A este respecto García Goyena, tras establecer las correspondientes concordancias con los Códigos francés, napolitano y sardo, y con la Ley 5.<sup>a</sup>, Título IV, Libro

---

(1) Según éste: «El marido no puede disponer por testamento sino de su mitad de gananciales».

X de la Novísima Recopilación, comentaba: «Este artículo en rigor es innecesario después de haber dicho en el anterior que sólo por título oneroso puede enagenar y obligar los gananciales» (2).

La cuestión podría ser cierta si el artículo estableciera una prohibición absoluta de disponer a título gratuito, pero en realidad, bajo una formulación gramatical negativa, lo que estaba haciendo era permitir al marido disponer por testamento de su mitad de gananciales. Quizá por este motivo, y desligando el precepto de la figura del marido como administrador exclusivo de la sociedad durante el matrimonio, el artículo 1.440 del Anteproyecto del Código civil establecía: «El marido no podrá disponer por testamento sino de la mitad de los gananciales que le pertenezcan» (3).

La redacción definitiva del artículo 1.414 del Código civil volvió a la versión del Proyecto de 1851, sustituyendo el «no puede» de éste, por «no podrá». El significado era prácticamente el mismo, y en realidad, lo único que se establecía era un límite de carácter cuantitativo —la mitad del remanente líquido de los bienes gananciales, a que se refería el artículo 1.426 del Código civil— dentro del cual se podía designar un sucesor.

No obstante, el problema de las disposiciones *mortis causa* que recaían sobre bienes gananciales determinados quedaba sin resolver. Las soluciones posibles debían venir por otro camino, y las diversas posturas de los autores, en estrecha relación con su concepción sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, se dividían entre la aplicación de unos u otros preceptos de los dedicados a regular los legados, postulando su eficacia absoluta si eran hechas por el marido, o, en otro caso, una eficacia meramente relativa.

### 1. *Teoría de la eficacia absoluta y en todo caso de la partición o legado hechos por el marido*

Esta postura fue mantenida por Manresa al comentar el antiguo artículo 1.414 del Código civil. Para este autor, puede «sostenerse la partición o legado mientras quepa incluir en el lote de bienes del

(2) Cfr. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, T. III, Madrid, 1852, p. 339 (edición facsímil de Edit. Base, Barcelona, 1973).

(3) Hemos recogido esta redacción de M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, en Centenario de la Ley del Notariado, Sección IV, vol. I, Reus, Madrid, 1965, p. 492.

Es de notar que en la redacción de este mismo artículo del Anteproyecto del Libro IV, que ofrece J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 691, aparece «pertenzezan» (referido a los gananciales), en lugar del «pertenzezca» que ofrece la versión de PEÑA (referido a la mitad de los gananciales).

marido, por cualquier concepto, los bienes u objetos determinados que distribuyó o legó, y quede capital bastante para completar el capital de la mujer y su participación en los gananciales» (4).

Como se puede ver, tal concepción entraña una peculiar idea de la sociedad de gananciales y de los poderes del marido sobre los bienes comunes. Manresa parece referirse a las ganancias resultantes de la liquidación, y no a los bienes comunes mientras dura la sociedad. Y además, parece extender los poderes del marido sobre dichos bienes más allá de la duración de la sociedad, en el sentido de que el único límite que tiene la disposición sobre los mismos es el hecho de que no sufran perjuicio los intereses de la mujer, que sólo se producirán si no quedan bienes suficientes para completar su porción.

En realidad, para este autor, la disposición o legado de un bien ganancial por el marido son válidos en todo caso, y son previos a la liquidación de la sociedad. Si, al realizar ésta, resulta que no queda capital suficiente para completar la parte que corresponde a la mujer, habrá que reducir la disposición o legado del marido, pero sólo hasta donde se perjudicaron los intereses de la mujer, importando poco que se la reintegre con bienes de los calificados como gananciales o con los privativos del marido (5).

Como señala De Cossio criticando esta postura, «tal punto de vista sería congruente con una concepción que atribuyese la titularidad de los bienes gananciales al marido, y a la mujer un mero derecho de crédito a la mitad del valor en el momento de llevarse a cabo la liquidación», lo cual «no puede sostenerse dentro de nuestro sistema ganancial, en que la titularidad de los bienes corresponde por igual a ambos cónyuges, siquiera la disposición de los mismos se encuentra sometida a reglas especiales cuando se trata de actos de disposición *inter vivos*, pero que en modo alguno pueden extenderse a la disponibilidad *mortis causa* de dichos bienes» (6).

La cuestión quedó, si cabe, más clara con las modificaciones realizadas por Ley de 2 de mayo de 1975 (7), y, desde luego, no tiene ningún sentido tras la reforma de la sociedad de gananciales operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, en la que, como destaca la profesora Torres García, se «ha sustituido el poder del marido como órgano de gestión de la sociedad conyugal por un poder compartido por

---

(4) Cfr. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, IX, 6.<sup>a</sup> ed. revisada por M. Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1969, pp. 807 y ss.

(5) Cfr. MANRESA, *op. cit.*, pp. 808-9. No obstante, en p. 807 mantiene la posibilidad de que la mujer disponga *mortis causa* de los bienes comunes, lo que difilmente encaja con el desarrollo posterior que este autor hace de su postura.

(6) Cfr. A. DE COSSIO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, en Tratado práctico y crítico de Derecho civil, T. L, vol. I, INEJ, Madrid, 1963, p. 203.

(7) Sobre las repercusiones de esta Ley, vid. M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, 1976, pp. 631 y ss.

ambos esposos, iguales en derechos y deberes, a quienes corresponde llevar conjuntamente la gestión de la comunidad» (8).

Por otro lado, en cuanto a la extensión de los poderes del marido sobre los bienes comunes más allá de la duración de la sociedad, de la antigua regulación de la sociedad de gananciales se infería claramente el principio de que *mortis causa* cesaban las facultades que para actos *inter vivos* se concedían a aquél, limitando el alcance de las disposiciones testamentarias del marido a los derechos que como participe en la comunidad le correspondían (9). La tesis de Manresa, pues, ni podía, ni puede hoy mantenerse.

## 2. Teorías de la eficacia relativa de la disposición testamentaria de bienes gananciales

Dentro ya de las posturas que reconocen solamente una eficacia relativa a la disposición testamentaria de bienes gananciales, se pueden distinguir las siguientes variantes:

### A) Aplicación de la doctrina sobre el legado de cosa ajena

Esta es la tesis mantenida por Arenas (10) y, más extensamente, Gayoso Arias (11). No se plantea ninguno de estos autores la posibilidad de que la disposición de bienes gananciales se haga a título de herencia, sino solamente el supuesto de legado de cosa ganancial.

(8) Cfr. T. F. TORRES GARCÍA, «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *R.D.P.*, LXIX, 1985, pp. 723-4.

(9) En este sentido, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «El legado de cosa ganancial», *A.D.C.*, V, 1952, p. 483. No obstante, este autor extraía esta conclusión de la letra del art. 1.414 del Código civil.

En mi opinión lo que establecía el antiguo art. 1.414 (y establece hoy el actual art. 1.379, si bien redactado en forma positiva), era puramente un límite cuantitativo a la posibilidad de disponer *mortis causa* de bienes gananciales, cosa que destacan gran parte de los autores. No creo que el mismo tuviera nada que ver con el cese *mortis causa* de los poderes del marido sobre los bienes comunes, como lo demuestra el hecho de que, aunque el precepto hable sólo del marido, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias lo entendieron referido también a la mujer.

Ciertamente, las facultades sobre los bienes comunes concedidas al marido operaban sólo *inter vivos*, pero ello no lo decía el art. 1.414, sino que se infería de toda la regulación de la sociedad de gananciales y, especialmente, de los arts. 1.413 y 1.415 *a contrario sensu*. Lo mismo podía entenderse antes del Código conforme a la Ley 5.<sup>a</sup>, Tit. IV, Libro X de la Novísima Recopilación. No obstante, la R. de 20 de septiembre de 1884 (*Jurisprudencia Registral*, de R. M. ROCA-SASTRE y J. MOLINA JUYOL —en adelante, J. R.—, T. II, p. 172), aludiendo expresamente a este texto de la Novísima, parecía extender los poderes del marido a los actos *mortis causa*.

(10) Cfr. «Alcance de un legado», *R.D.P.*, II, 1915, pp. 337-8.

(11) Cfr. «Legado de bienes determinados de la sociedad de gananciales ordenado por uno de los cónyuges», *R.D.P.*, VI, 1919, pp. 164 y ss.

Ante la ausencia de una regulación específica de este tipo de legados, ambos autores coinciden en aplicar a los mismos la doctrina que, sobre los legados de cosa ajena, se refleja en el artículo 861 del Código civil. Ello entraña —es evidente— un punto de partida bastante discutible: la consideración de la sociedad de gananciales como un ente jurídico con personalidad propia, independientemente de la de los cónyuges; una persona jurídica, en definitiva.

Así, dicen, la cosa ganancial no es total ni parcialmente de ninguno de los cónyuges durante el matrimonio, sino de la sociedad conyugal, entidad jurídica distinta enteramente de ellos, según el sistema de nuestro Código (12), ya que «contraído el matrimonio bajo el régimen de la sociedad de gananciales surgen dentro de él tres personalidades que estimamos perfectamente distintas: la del marido, la de la mujer y la de la sociedad» (13).

Se basan para ello en la remisión que el antiguo artículo 1.395 del Código civil hacía a las normas reguladoras del contrato de sociedad, y, entre ellas, al artículo 1.669, así como en cierta jurisprudencia, concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1915. Una vez sentado esto, según Gayoso «es claro que el legado de determinadas cosas gananciales hecho por uno de los cónyuges, sea al otro, sea a un tercero, es un legado de cosa ajena, totalmente ajena, regido por el artículo 861, y válido sólo si el testador al hacerlo sabía que lo era, que pertenecía a otro» (14).

Sin embargo, a la hora de examinar la ajenidad de la cosa y el conocimiento que el testador tenía de la misma, más que nada de lo que se trata aquí es de saber si éste conocía o no la esencia o naturaleza de la sociedad de gananciales que pretenden atribuirle estos autores; o dicho con otras palabras, si el testador, en el momento de hacer el legado, sabía que estaba disponiendo de algo que pertenecía a una persona jurídica distinta de las individuales de los cónyuges (15).

Esta circunstancia se intenta salvar en atención a la creencia vulgar de que los bienes gananciales, colectiva y distributivamente tomados, pertenecen por mitad a cada cónyuge. Teniendo en cuenta esto, se aplicaría, si no literalmente, sí al menos analógicamente el texto del artículo 864. Todo ello dando entrada a las reglas sobre el legado

---

(12) Cfr. GAYOSO, *op. cit.*, p. 165.

(13) Cfr. ARENAS, *op. cit.*, p. 337.

(14) Cfr. *op. cit.*, p. 166. En el mismo sentido, ARENAS, *op. cit.*, p. 338.

(15) Cfr. GAYOSO, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

Para una recta interpretación de lo que debe entenderse por conocimiento por parte del testador de la ajenidad de la cosa, vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 50 y ss.; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena (Estudio sobre las disposiciones «mortis causa» a título singular en el Código civil)*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 97 y ss.

de cosa ajena en la parte o derecho de la cosa legada de la que no es titular el testador, según aquel artículo (16).

En definitiva, la aplicación analógica del artículo 864 sólo entra en juego cuando el testador no es perito en Derecho. En caso contrario, se aplicaría únicamente el artículo 861, debiendo los herederos adquirir la cosa para entregarla al legatario o, no siendo posible, dar a éste su justa estimación.

De lo expuesto se deduce que las consecuencias a las que conduce esta tesis desde el punto de vista práctico son bastante discutibles, por lo arbitrario de la solución que se ofrece. Además de ello, el fundamento teórico de esta postura —la consideración de la sociedad de gananciales como persona jurídica— es sumamente dudoso. Doctrinalmente, la autonomía del patrimonio común respecto al privativo de los cónyuges se explica por otro camino, abandonando la idea de la personalidad jurídica independiente, e inclinándose más bien, con matizaciones, a la idea de comunidad en mano común (17).

Tampoco parecen apoyar este fundamento la jurisprudencia del Tribunal Supremo (18), ni las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (19).

---

(16) Cfr. GAYOSO, *op. cit.*, p. 170. Por lo demás, llevando hasta sus últimas consecuencias la tesis de que las cosas gananciales son completamente ajenas, la aplicación del art. 864 del Código civil sólo puede conducir a la nulidad del legado. Así lo destaca DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 489 y nota 41.

Abundando en la crítica a esta postura, según M. DÍAZ CRUZ, *Los legados*, Reus, Madrid, 1951, pp. 211-2, «se produciría el caso insólito de que un testador casado legara un bien por él adquirido durante el matrimonio, lo vendiera con posterioridad a un tercero y en dicho caso no se produjera la extinción del legado, porque siguiendo la tesis de que la sociedad de gananciales es un ente distinto, tendríamos que la cosa legada, que era ajena al testador, pasaba a manos de un tercero, continuando el legado su condición de ajeno, y, en consecuencia, no se produciría la extinción de legado que expresamente preceptúa el inciso 2.º del art. 869, cuando el testador vende la cosa legada».

(17) Cfr. DE COSSIO, *op. cit.*, pp. 16 y ss., y concretamente criticando la tesis que la configura como persona jurídica, en pp. 21 y ss. Asimismo, J. L. LACRUZ BERDEJO, «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil», *R.G.L.J.*, T. 187, 1950, pp. 7 y ss., y sobre todo pp. 22 y ss.

(18) No obstante esto, inicialmente, en algunas sentencias aparecía la idea de la existencia de un patrimonio conyugal independiente. Así en las Sentencias de 28 febrero 1989 (*J.C.*, vol. 83, núm. 94) y 22 mayo 1915 (*J.C.*, vol. 133, núm. 72). Asimismo, posteriormente, parece repetir la idea la Sentencia de 18 diciembre 1951 (*R.J.A.* 65).

Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria es contraria a la tesis de la personalidad jurídica independiente, si bien tampoco es muy clara respecto a la adopción de la doctrina de la comunidad germánica. Pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 diciembre 1954 (*R.J.A.* 3164), 17 abril 1967 (*R.J.A.* 1871), 19 octubre 1968 (*R.J.A.* 5783). En esta última se rechaza expresamente la idea de la personalidad jurídica independiente de la de los cónyuges, que se alegaba en el recurso.

Entre las más recientes, pueden verse las Sentencias de 27 mayo 1980 (*R.J.A.* 1968) que, aunque referida al Derecho aragonés, sus razonamientos pueden aplicarse al régimen del Código civil, y la de 14 octubre 1982 (*R.J.A.* 5555). Asimismo, en *obiter dictum*, la de la Sala 4.ª de 15 marzo 1980 (*R.J.A.* 1800, de 1981).

(19) En ésta, tras algunas vacilaciones, como las de la R. de 8 enero 1878 (*J.R.*, I, pp. 754 y ss.) o la R. de 9 febrero 1917 (*J.R.*, V, pp. 7 y ss.), se recibe de una

B) Eficacia condicionada a que la cosa se adjudique en el lote del testador

Esta segunda postura, dentro de las que defienden sólo una eficacia relativa para este tipo de disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales, ha sido defendida en nuestro Derecho por Díaz Cruz (20). Según este autor, «vigente el matrimonio no sabemos cuál es la condición de los bienes adquiridos durante el mismo, ya que es necesario esperar a la liquidación para ver si se le adjudica a uno de los cónyuges, bien en pago del haber aportado por él al matrimonio, o bien por la división y adjudicación que se haya hecho del bien al repartirse las ganancias. Es posible también que no se adjudique a ninguno de los cónyuges, sino a un tercero acreedor de la sociedad» (21).

En definitiva, al no existir en el Código civil un criterio general en cuanto a la fecha a la que hay que atender para determinar la validez y eficacia de un legado, en este supuesto especial habrá que mirar al momento de liquidación de la sociedad de gananciales (22). Para ello no es obstáculo que los cónyuges no tengan la propiedad plena de los bienes gananciales, ya que, al haberse sometido a este régimen capitular, inevitablemente quedan sujetos a las consecuencias de la liquidación del mismo, en lo que a ganancias líquidas se refiere. Por tanto «el hecho de que no sea una propiedad plena y perfecta la que el cónyuge ostenta en relación con los bienes adquiridos durante el matrimonio, no quita para que indiscutiblemente tenga un derecho sobre los mismos» (23).

---

manera clara la idea de comunidad germánica sin cuotas, en especial a partir de la R. de 17 noviembre 1917 (*J.R.*, V, pp. 122 y ss.), y, sobre todo, en la RR. de 12 mayo 1924 (*J.R.*, V, pp. 919 y ss.), 30 junio 1927 (*J.R.*, VI, pp. 505 y ss.), y 19 octubre 1927 (*J.R.*, VI, pp. 560 y ss.). También en otras se niega la idea de la personalidad jurídica de una manera expresa. Así, las RR. de 11 octubre 1941 (*J.R.*, VIII, pp. 90 y ss.) y 30 marzo 1943 (*J.R.*, VIII, pp. 270 y ss.).

Entre las más recientes puede verse la R. de 2 febrero 1983 (*R.J.A.* 1088). En su tercer Cdo. se dice: «que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de la Dirección General de los Registros vienen configurando la sociedad legal de gananciales —al igual que la generalidad de la doctrina— como una comunidad de tipo germánico, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta indeterminadamente al objeto, sin atribución de cuotas ni la facultad de pedir la división material mientras dura la sociedad...».

(20) Cfr. *Los legados*, cit., pp. 209-19. Para el Derecho italiano mantiene una postura similar C. SCUTO, «Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui», *Riv. Dir. Civ.*, VIII, 1916, pp. 58 y ss., si bien se refiere, entre otros, al supuesto más amplio de legado de cosa perteneciente a un patrimonio común. La cuestión, aunque aplicable en algunos aspectos al patrimonio ganancial, difiere de ella, lo cual debe ser tenido muy en cuenta.

En este orden de cosas, no participamos de algunas de las críticas que hace DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 494 y ss., a la postura de DÍAZ CRUZ, en el sentido de que se dirigen más que nada a cuestiones planteadas por SCUTO para el Derecho italiano.

(21) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, p. 209.

(22) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, pp. 214-5.

(23) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, p. 212.

Ahora bien, una vez que se ha dispuesto *mortis causa* de un bien ganancial, y liquidada la sociedad conyugal, pueden presentarse varias situaciones.

En primer lugar, si la cosa se adjudica por entero en el lote del testador, el legado será válido en su totalidad y el legatario vendrá a adquirir la cosa por entero.

Adjudicándosele solamente la mitad de la cosa legada, a esa mitad debe circunscribirse el legado, quedando ineficaz en cuanto al resto.

Por el contrario, si no se le adjudica ni la totalidad ni parte del bien legado, la disposición debe quedar sin efecto (24).

En definitiva, todo depende de los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal, a la fecha de la cual hay que atender para calificar el legado y determinar su eficacia.

El mayor defecto de esta postura estriba en que la eficacia del legado quedaría en manos de los herederos y el cónyuge, quienes podrían con facilidad desplazar los bienes legados al lote del viudo, dejando así ineficaces las disposiciones del testador (25). Sí estamos, sin embargo, de acuerdo en que el momento capital para calificar la eficacia de las disposiciones testamentarias sobre bienes gananciales es el de la liquidación de la sociedad conyugal (26). Y asimismo coincidimos con Díaz Cruz en la afirmación de que «un legado de esos bienes debe tratarse, analizarse y estudiarse de forma distinta a la de los demás legados previstos y regulados en el Código» (27).

C) Aplicación de la doctrina sobre los legados de cosa propia si ésta se adjudica en el lote del testador, y la de los legados de cosa ajena en caso contrario

Para ciertos autores, a efectos prácticos, cuando la cosa ganancial legada se adjudica en la parte correspondiente al testador, debe ser entregada al legatario. En cambio, en caso contrario, lo procedente es pagar a éste el valor que tenía el bien objeto del legado.

No obstante esto, el fundamento jurídico que lleva a extraer estas conclusiones varía según los autores. De ahí que quepa distinguir dos posturas.

A) Una primera postura ha sido defendida por la Revista Gene-

(24) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, pp. 214-5. En el mismo sentido, para el legado de una cosa perteneciente a una *universitas iuris* en el Derecho italiano, SCUTO, *op. cit.*, p. 59.

(25) En este sentido DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 496.

(26) Así lo destacan, entre otras, la R. de 18 diciembre 1916 (*J.R.*, IV, pp. 1354 y ss.) y las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 enero 1934 (*R.J.A.* 35) y 2 marzo 1973 (*R.J.A.* 894).

(27) Cfr. DÍAZ CRUZ, *op. cit.*, p. 214.

ral de Legislación y Jurisprudencia en su sección de Consultas (28) y por De Cossio y Corral (29).

Coinciden con Díaz Cruz en que el momento fundamental para calificar la eficacia del legado es el de la liquidación de la sociedad conyugal. Difieren, sin embargo, de dicho autor al examinar las consecuencias de la adjudicación de la cosa legada en el lote del cónyuge supérstite. En este supuesto el legado valdría como legado de cosa ajena, procediéndose por tanto, en su caso, al pago de la justa estimación.

En definitiva, el legado es válido en todo caso, lo que ocurre es que sólo será susceptible de cumplimiento *in natura* en el supuesto de que la cosa se adjudique en el lote correspondiente al testador tras la liquidación de la sociedad. En caso contrario, es decir, cuando se adjudique al otro cónyuge, se aplicarían las reglas que, para los legados de cosa ajena, contiene el Código civil en los artículos 861 y 862 (30).

La mayor dificultad de esta postura radica en la calificación de la cosa ganancial como ajena. No obstante, sin caer en la peculiar interpretación de Arenas y Gayoso Arias, parece que podría mantenerse la aplicación analógica de los artículos 861 y 862 del Código civil. En efecto, no parece necesario aquí que el testador considere ajena la cosa, ya que «no puede menos de entenderse que el legado se hizo a sabiendas de la eventualidad de que no resultase suya, esto es, atribuida a su parte de gananciales la cosa legada, y, por tanto, que en este concepto sabía, al disponer de la misma, que podía llegar a reputarse ajena en su oportunidad legal» (31).

La solución propuesta por estos autores coincide, en síntesis, con la que establece el artículo 1.423 del Code civil francés para el caso del legado hecho por cualquiera de los cónyuges de un bien perteneciente a la comunidad legal de bienes (32). Según dicho artículo, el

(28) Cfr. *Consulta* núm. 47, «Interpretación de cláusula testamentaria», *R.G.L.J.*, T. 141, 1922, pp. 185-7.

(29) Cfr. *La sociedad de gananciales*, cit., núms. 293 y ss.

Otros autores llegan a conclusiones similares por diferentes caminos. Así, M. ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, T. 1, *Titulos sucesorios*, Reus, Madrid, 1951, pp. 337 y ss.; y F. CLEMENTE DE DIEGO, «Eficacia de legado de cosas específicas integrantes de bienes gananciales», Dictamen 31, en *Dictámenes Jurídicos*, III, *Successiones*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 395-410, si bien este autor sólo se plantea el caso de que la legataria de la cosa ganancial sea la mujer.

(30) Cfr. *Consulta*, cit., p. 186; y DE COSSIO, *op. cit.*, núms. 295-7.

(31) Cfr. *Consulta*, cit., *ibidem*; y en el mismo sentido, DE COSSIO, *op. cit.*, núm. 298.

(32) El art. 1.423 del Code civil francés, modificado por la Ley núm. 85-137, de 23 de diciembre de 1985, establece: «Le legs fait par un époux ne peut excéder sa part dans la communauté.

Si un époux a légué un effet de la communauté, le légataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe dans le lot des héritiers du testateur; si l'effet ne tombe point dans le lot de ces héritiers, le légataire

legatario podrá reclamar la cosa *in natura* cuando, por efecto de la división de la comunidad, ésta caiga en el lote de los herederos del testador, y teniendo, en caso contrario, derecho al valor de la misma.

Tal vez esta similitud con la regulación del Code es la que ha inclinado a De la Cámara a realizar una aguda crítica de esta postura. Así, tras reconocer la sencillez de la misma y la resolución de los inconvenientes prácticos que planteaban las anteriores, destaca que «tiene, sin embargo, el inconveniente de apoyarse en un fundamento técnico deleznable, el efecto retroactivo de la partición en virtud del cual si la cosa legada se adjudica al lote de los herederos del testador hay que entender que siempre perteneció a éste, o al otro cónyuge en el caso opuesto» (33).

La cuestión parece bastante discutible. No encuentro motivos para negar la posibilidad de mantener esta postura sin necesidad de apoyarse en la teoría declarativa de la partición. La solución que critica De la Cámara es la misma que se ha adoptado en el artículo 1.380 de nuestro Código civil tras la reforma de 1981, y no por ello ha cambiado la naturaleza jurídica de la partición.

Por otro lado, tampoco la doctrina francesa es unánime en cuanto a la interpretación que deba hacerse del artículo 1.423 del Code y su pretendido fundamento en la teoría declarativa de la partición. Más aún, es precisamente en este artículo donde se manifiesta, a mi juicio, con mayor dificultad dicho fundamento, que no permite explicar con claridad el porqué del pago del equivalente pecuniario en el supuesto de que la cosa no caiga en el lote de los herederos del cónyuge disponente.

La cuestión en el Código francés gira en torno a tres artículos que encajan con dificultad: el artículo 883, que proclama de una manera clara la teoría declarativa (34), el artículo 1.021, referente a los legados de cosa ajena, que son nulos en todo caso (35) y el artículo 1.423, ya conocido.

---

a la récompense de la valeur totale de l'effet légué, sur la part, dans la commuanuté, des héritiers de l'époux testateur et sur les biens personnels de ce dernier».

La solución que se daba en la redacción originaria era idéntica, si bien se utilizaban la expresión «donation testamentaire», en lugar de la actual «legs». Dicha fórmula procede de la modificación del artículo operada por Ley núm. 65-570 de 13 de julio de 1965.

En realidad, pues, la reforma de 1985 lo único que ha hecho es sustituir la referencia específica al «mari» por la más genérica de «epoux», dejando intacto el resto del artículo.

(33) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 492, seguido en este punto por I. GÓNZALEZ PACANOWSKA, *El legado de cosa ajena...*, cit. p. 429.

(34) Según el apartado 1.º del art. 883 del Code: «Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession».

(35) El art. 1.021 del Code establece: «Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas».

A la hora de examinar la problemática de los legados en ciertos casos especiales, la doctrina francesa discute la prevalencia de uno u otro artículo. Así, en el supuesto de una cosa integrada en una masa indivisa o patrimonio común, la mayoría de los autores están de acuerdo en la aplicación estricta del carácter declarativo de la partición, manifestado en el artículo 883, en combinación con el artículo 1.021, en el sentido de que, si por virtud del efecto retroactivo se entiende que la cosa no ha pertenecido nunca al testador, el legado será nulo como legado de cosa ajena (36).

Por el contrario, en el caso de legado de un bien perteneciente a la comunidad conyugal la doctrina se divide.

Para ciertos autores, el artículo 1.423 supone una derogación del artículo 1.021, que declara la nulidad de los legados de cosa ajena, pues en otro caso, de no caer la cosa legada en el lote del cónyuge disponente, el efecto retroactivo de la partición produciría la consecuencia de que aquélla no perteneció nunca a éste. El fundamento de esta tesis se refiere en unos casos a los especiales poderes del marido sobre la comunidad (37), y, en otros, al estatuto especial de los bienes comunes, cuya propiedad es incierta durante la subsistencia del régimen, y que haría imposible hacer depender la eficacia del legado del álea de una operación complementaria (38).

Otros autores, en cambio, no consideran excepcional la doctrina del artículo 1.423 sobre la de los legados de cosa ajena, sino que

---

(36) En este sentido, G. BAUDRY-LACANTINERIE y M. COLIN, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, XI, *Des donations entre vifs et des testaments*, vol. 2.º, 13.ª ed., París, 1905, núm. 2.528; M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, V, *Donations et testaments*, 2.ª ed. por A. TRASBOT y Y. LOUSSOUARN, LDGJ, París, 1957, núm. 606; H. et L. MAZEAUD y J. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, IV, vol. 2.º, 4.ª ed., por A. BRETON, Montchrestein, París, 1982, núm. 1.026.

En contra, en el sentido de considerar inaplicable el art. 883, declarando el legado válido *in natura* o en valor, dependiendo del resultado de la partición, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, XXI, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, París, 1864, núm. 295; M. A. DURANTON, *Cours de Droit français, suivant le Code civil*, VIII, 3.ª ed., Bruxelles, 1834, núm. 279; C. AUBRY y C. RAU, *Cours de Droit civil français*, X, 6.ª ed. por P. ESMEIN, París, 1949, núm. 675. Sin embargo, ESMEIN abandona en esta edición la tesis laxista de estos autores en anteriores ediciones de generalizar en todo caso la doctrina del art. 1.423, frente a la del art. 1.021.

(37) Naturaleza sólo defendible antes de la reforma de 1985. Así, A. COLIN y H. CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, III, 10.ª ed. por J. DE LA MORANDIERE, París, 1915, núm. 355; BAUDRY-LACANTINERIE y COLLIN, *Traité...*, cit., XI, vol. 2.º, núm. 2.531. En este punto recuerda un poco a la tesis sustentada por MANRESA.

Sin embargo, gran parte de la doctrina había criticado esta extensión de los poderes del marido más allá de la duración de la comunidad, en el sentido de que el testamento surte efectos precisamente cuando esos poderes ya no existen. Por todos, J. HEMARD, *Notas de Jurisprudencia, R.T.D.C.*, XI, 1912, p. 543; G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Sirey, París, 1985, núm. 232.

(38) En este sentido, PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, cit., VIII, *Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed. por J. BOULANGER, París, 1957, núm. 531. Este enfoque permitía antes de la reforma de 1985 aplicar la regla del art. 1.423 no sólo en los legados del marido, sino también a los de la mujer.

entienden que se trata de cuestiones diferentes. Así, no puede considerarse que se dispone de una cosa ajena cuando lo que se lega es un bien perteneciente a la comunidad, ya que el cónyuge testador tiene el condominio sobre la misma. Por otra parte, además, aunque el artículo 1.423 subordina los efectos del legado al resultado de la partición, lo cierto es que lo que el legislador ha querido es que el legado sea eficaz en todas las circunstancias, pues el cónyuge no podía ignorar que el bien legado podía no caer en el lote de sus herederos (39).

En realidad, lo que se pone de manifiesto en el Derecho francés es que el artículo 1.423 del Code no se corresponde con las consecuencias derivadas de la teoría declarativa, pues no se explica convenientemente el hecho de que se pague el legado mediante equivalente en el caso de que la cosa no caiga en el lote de los herederos del testador.

Esta última cuestión destaba aún más —si cabe— antes de la reforma de 1985, cuando ante la expresa alusión del artículo 1.423 al «marido», la doctrina se preguntaba si la misma regla era aplicable a los legados hechos por la mujer sobre bienes comunes. Ante este hecho las soluciones doctrinales podían dividirse en tres grandes grupos.

Para unos autores, en el caso del legado hecho por la mujer, todo dependía de los resultados de la partición. No era aplicable el artículo 1.423, sino el 883 en el sentido de que, si por el efecto declarativo de la partición la cosa caía en el lote correspondiente al marido, habría que aplicar el artículo 1.021 y la consiguiente nulidad del legado (40).

Para otros, en cambio, el legado era válido solamente por mitad. No habría posibilidad de aplicar el artículo 1.021 porque éste no se refiere a las cosas indivisas, ni el artículo 883, que no afecta a las relaciones del legatario particular con el heredero, ni tampoco el artículo 1.423, referido exclusivamente al marido (41).

(39) En este sentido, PH. MALAURIE, *Nota* a la Sent. de la Cour d'Appel de Paris de 13 diciembre 1965, *Rec. Dalloz*, 1966, pp. 275 y ss.; MARTY y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., IV, vol. 1.º, núm. 289; A. COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Litec, Paris, 1988, núm. 443; PH. MALAURIE y L. AYNES, *Cours de Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Cujas, Paris, 1988, núm. 414.

(40) Cfr. R. BEUDANT y P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de Droit civil français*, X, *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed. con la colaboración de R. LEONAN, Paris, 1937, núm. 479; P. VOIRIN, *Nota* a la Sent. de la Cour d'Appel de Aix-en-Provence de 10 junio 1964, *Rec. Dalloz*, 1965, pp. 119 y ss.; MAZEAUD y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., IV, vol. 2.º, núm. 1.026, aunque en T. IV, vol. 1.º, cit., núm. 289, se muestran favorables a extender la regla del art. 1.423 a la mujer.

Nótese cómo se contraponen el art. 1.423 a lo que serían las consecuencias inevitables del efecto declarativo de la partición decretado en el art. 883 del Code.

(41) Esta era la solución mantenida por AUBRY y RAU, *op. cit.*, XI, 5.ª ed., núm. 671, nota 16. Sin embargo, fue abandonada ya por ESMEIN en el T. VIII, 6.ª ed., núm. 509, nota 17.

En nuestro Derecho podría verse cierta virtualidad a esta tesis a través del art. 864 del Código civil. En cierta manera es la solución que apunta ARMERO DELGADO,

Por último, también se entendió perfectamente aplicable a la mujer la doctrina establecida en el artículo 1.423, en especial tras la reforma de los regímenes matrimoniales operada por Ley de 13 de julio de 1965. Y ello por la consagración del principio de igualdad entre los cónyuges, porque la regla del artículo 1.423 se basaba en la presunta interpretación de la voluntad del testador y porque tal doctrina no podía fundarse sobre los particulares poderes del marido sobre la comunidad, que inevitablemente cesaban al terminar ésta (42).

La cuestión ha dejado de tener interés tras la reforma de 1985, que se refiere a ambos esposos indistintamente, pero sirve para destacar el hecho de que la posibilidad de pagar el legado en valor no tiene su fundamento en la teoría declarativa de la partición.

Rechazando por tanto la crítica de De la Cámara en este sentido, tampoco entendemos las «consecuencias absurdas» a las que, según él, conduce esta teoría desde el punto de vista práctico. Así —dice— si la cosa se adjudica en la liquidación a ambos cónyuges tendremos un legado de cosa en parte propia y en parte ajena, y a falta de un precepto paralelo al artículo 1.423 del Código civil francés, habrá que aplicar inexcusablemente el artículo 864 del Código civil. Paradójicamente el legatario saldrá más beneficiado si la cosa se adjudica por entero al otro cónyuge (ya que al ser un legado de cosa totalmente ajena habrá que entregarle todo el valor de la misma), que cuando se le adjudique sólo en parte (pues según el artículo 864 sólo a esa parte se entenderá limitado el legado, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero) (43).

---

*op. cit.*, p. 338, para el caso de que el cónyuge supérstite sólo tenga derechos legitimarios, sin ser nombrado heredero o legatario, ya que no pudiendo quedar obligado al cumplimiento del legado, éste tendrá efecto sólo en parte de acuerdo con el art. 864. Sin embargo, entiende que la parte restante es un legado de cosa ajena a cargo del heredero, según el art. 861 del Código civil.

Como legado de una cosa en la que el testador tiene derecho a la mitad del bien aparece, por otra parte conceptuado por las RR. de 14 julio 1900 (*J.R.*, III, pp. 658 y ss.) y 18 diciembre 1916 (*J.R.*, IV, pp. 1354 y ss.). En sentido parecido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 septiembre 1961 (*R.J.A.* 3267). En la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre 1982 (*R.J.A.* 5555), a pesar de apoyarse el recurso en la aplicación del art. 864, no se entra en el fondo del asunto por tratarse de una cuestión totalmente nueva en casación.

(42) Cfr. MAIAURIE, *Nota*, cit., p. 278; MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, IV, vol. 1.º, núm. 289; MARTY y RAYNAUD, *op. y vol. cit.*, núm. 235; G. CORNU, «La réforme des régimes matrimoniaux», *J.C.P.*, 1967, II, núm. 217; A. PONSARD, en AUBRY y RAU, *Droit civil...*, cit., VIII, 7.ª ed., núm. 203; COLOMER, *Droit civil*, cit., ed. 1982, núms. 510.

En otro sentido, extendiendo dicha regla a la mujer, pero con base en el estatuto especial de los bienes comunes, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, VIII, 2.ª ed. por BOULANGER, núm. 531 y 562.

Téngase en cuenta también que existían autores que proclamaban la aplicación extensiva de la regla del art. 1.423 en todo caso de legado de una cosa integrada en un patrimonio indiviso. Así, DEMOLOMBE, *op. cit.*, XXI, núm. 295; AUBRY y RAU, *op. cit.*, X, 6.ª ed. por ESMEIN, núm. 675.

(43) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, p. 494. Recordemos que tras la reforma sí existe un precepto paralelo: el art. 1.380.

La conclusión nos parece —cuando menos— arbitraria. Ciertamente, ni De Cossio ni la R.J.L.J. se plantean la hipótesis de que el bien se adjudique a ambos cónyuges tras la liquidación; pero con lo que no estamos de acuerdo es con la aplicación («inexcusable», dice De la Cámara) del artículo 864. Dicho artículo atiende al momento de la realización del legado y no al de la liquidación de la sociedad conyugal, con lo cual no es posible su aplicación a este caso. Por otra parte, a falta de ese precepto paralelo al artículo 1.423 del Code, antes de la reforma de 1981 cabría en nuestro Derecho la solución de aplicar a la parte restante la doctrina sobre los legados de cosa ajena del artículo 861 del Código civil (44).

B) Una segunda postura, y sin duda la investigación más completa en cuanto a la disposición testamentaria de bienes gananciales, lo constituye el estudio de De la Cámara. En él, a pesar de su crítica a la postura que acabamos de exponer, llega prácticamente a las mismas soluciones, si bien utilizando unos razonamientos diferentes.

Para este autor «el legado de una cosa ganancial ordenado por uno de los cónyuges es un legado de cosa perteneciente a la comunidad conyugal de bienes, por lo cual, y como ha dicho la Sentencia de 10 de enero de 1934, el que la cosa haya o no de entregarse al legatario dependerá del resultado de la liquidación de aquélla» (45).

Por todo ello, teniendo el testador un derecho sobre la cosa, no cabe aplicar la doctrina de los artículos 861 y 862 del Código civil, y sí únicamente mantener que «el legado sólo vale como carga impuesta a los herederos obligados a procurar la adjudicación de aquélla a su propio lote para poder cumplir así la voluntad del causante» (46).

Dicho esto, y tras plantear diversos interrogantes que deben resolverse en principio de acuerdo con lo que se establece en el testamento, aporta las siguientes soluciones respecto a problemas concretos:

~En cuanto a la extensión del legado, tras negar con profusión de argumentos la aplicación literal del artículo 864 del Código civil, llega a la conclusión de que sí cabe aplicar analógicamente el criterio restrictivo a que obedece este precepto y que, por tanto, el legado debe interpretarse como impuesto por el testador con cargo a su participación en el patrimonio ganancial, funcionando esa participación (en el todo y no en la concreta cosa legada) como límite del legado (47).

---

(44) En este sentido, ARMERO DELGADO, *op. cit.*, p. 338. Existiría, sin embargo, la dificultad de que el Tribunal Supremo considera que la doctrina de los legados sobre cosa ajena no debe entenderse más que en sentido restrictivo y excepcional (Sentencia de 16 enero 1932, en R.J.A. 867), lo que dificultaría la aplicación analógica en este caso. Vid., no obstante, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, pp. 38 y ss.

(45) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 502-3. Vid. el texto de la Sentencia en R.J.A. 35.

(46) Cfr. *op. cit.*, p. 503.

(47) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 503 y ss.

Por lo que respecta al problema de la eficacia del legado cuando la cosa se adjudica al otro cónyuge, para De la Cámara los herederos están obligados a procurar que la cosa se adjudique en su haber en la liquidación de la sociedad. De no resultar esto posible, aquéllos deberán pagar el valor de la misma al legatario, por aplicación analógica de las normas sobre el legado de cosa ajena (48).

Finalmente, en cuanto a si es relevante para la eficacia del legado que el testador conozca o no el carácter ganancial de la cosa legada, la solución de De la Cámara coincide en síntesis con la de Cossio en considerar indiferente el conocimiento por el testador de las normas que rigen la sociedad de gananciales y el carácter de su titularidad sobre los bienes comunes (49).

Ello es defendido por De la Cámara incluso en el caso de que el testador disponga, erróneamente de una cosa ganancial considerándola como propia. No cabría aquí, según él, aplicar el apartado 1.º del artículo 862 del Código civil y declarar nulo el legado, ya que al estar integrada la cosa en un patrimonio común es un supuesto diferente al de legar una cosa que no nos pertenece en absoluto. Incluso trasladado el tema al error en las disposiciones testamentarias, entiende, siguiendo a Albaladejo (50), que el error vicio de la voluntad no es considerado como causa general de nulidad de las disposiciones testamentarias, sino que sólo se admite su trascendencia en algunas hipótesis excepcionales, como es la del legado de cosa ajena. Este carácter excepcional, unido al *favor testamenti* proclamado en el artículo 743 del Código civil, le inclinan a mantener en este caso la validez del legado (51).

Estamos de acuerdo con De la Cámara en que la entrega o no de la cosa al legatario depende de los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal, pero no con esa pretendida obligación de los herederos de procurar la adjudicación de aquélla a su propio lote. Por otro lado, en cuanto a la extensión del legado, aun aceptando que la participación en el patrimonio ganancial funciona como límite del legado o disposición, no parece que dicha solución deba extraerse del artículo 864 del Código civil interpretado analógicamente. La misma solución aparecía de una manera clara y específica en el antiguo artículo 1.414 del Código civil al decir que «el marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales», funcionando por tanto como límite cuantitativo de la disposición.

---

(48) Cfr. *op. cit.*, pp. 497 y 506.

(49) Cfr. DE COSSIO, *op. cit.*, núm. 298. En el mismo sentido, la *Consulta*, cit., p. 186.

(50) Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, «El error en las disposiciones testamentarias», en *Estudios de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, pp. 423 y ss.; y «De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias», *ibidem*, pp. 459 y ss.

(51) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. cit.*, pp. 506-7. En cuanto a la cuestión del error reconoce, sin embargo, que es discutible.

En lo que se refiere al conocimiento que el testador tenía del carácter ganancial de la cosa, estamos de acuerdo con la irrelevancia del mismo, por la especial naturaleza de las normas que rigen la sociedad de gananciales. Sin embargo, tal como pretende De la Cámara hacer el razonamiento, no parece fácil eludir la relevancia del error en el caso de que el testador disponga de una cosa ganancial considerándola como propia. En efecto, a pesar del silencio en cuanto al error de los artículos 673 y 674 del Código civil, opinamos, siguiendo a Gordillo Cañas, que no parece que el artículo 743 del Código civil presente ninguna dificultad a la admisión del mismo en cuanto a la ineficacia de las disposiciones testamentarias. En este sentido, el artículo 862 encajaría dentro del error vicio o error en la formación de la voluntad, que abriría paso a la impugnación de la misma, siendo susceptible además en este supuesto de aplicación analógica (52).

Aparte de estas cuestiones, la postura de De la Cámara coincide en síntesis con la mantenida por De Cossio y la R.G.L.J., aunque sólo sea a efectos prácticos (53). Así, a resultas de la división de la sociedad, la disposición testamentaria de un bien ganancial podrá ser susceptible de cumplimiento *in natura* si la cosa se adjudica en el lote correspondiente al testador, o en valor en caso contrario, por aplicación —analógica o no— de la doctrina de los legados de cosa ajena.

### III. LOS ARTICULOS 1.379 Y 1.380 DEL CODIGO CIVIL

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha venido a regular expresamente, dentro del Código civil, los supuestos y efectos jurídicos de las dispo-

---

(52) En este sentido, A. GORDILLO CAÑAS, «El error en el testamento», *A.D.C.*, XXXVI, 1983, pp. 774, 779 y 791 y ss., y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, X, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1987, pp. 335 y ss.

Aun partiendo de otras premisas, podría estimarse incluso que existe error sobre la causa, comprendiendo en la expresión causa falsa «todas las estimaciones inexactas del testador sobre aspectos objetivos o subjetivos de la disposición, sobre circunstancias exteriores que puedan motivar su voluntad». Cfr. M. ALONSO PÉREZ, «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho civil*, en honor del Prof. CASTAN TOBEÑAS, III, Eunsa, Pamplona, 1969, p. 75.

El propio DIEZ-PICAZO, «Comunidad postmatrimonial indivisa y subrogación real», en *Dictámenes Jurídicos*, I, Civitas, Madrid, 1981, pp. 305-6, aun aceptando la tesis de DE LA CÁMARA para el caso concreto dictaminado, se aparta de ella en lo que a la doctrina del error se refiere.

(53) El citado estudio de DE LA CÁMARA, es sin duda mucho más completo. Así, se plantea el caso de que el cónyuge testador sobreviva a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales sin modificar el testamento (pp. 508 y ss.), el supuesto de legado otorgado en favor del otro cónyuge (pp. 510 y ss.), el de legado ordenado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (pp. 515 y ss.) o la partición testamentaria y la adjudicación a los herederos, en virtud de la misma, de bienes gananciales (pp. 522 y ss.). Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

siones *mortis causa* de bienes gananciales dentro de los nuevos artículos 1.379 y 1.380.

El primero de ellos recoge casi literalmente lo que ya establecía el artículo 1.414 antes de la reforma, si bien redactado ahora en forma positiva (54).

El artículo 1.380 supone, en cambio, una importante innovación en la normativa del Código, dando solución a la problemática que se planteaba antes de la reforma de 1981 en cuanto a la disposición testamentaria de bienes gananciales concretos.

### 1. La disposición «*in abstracto*» y el límite del artículo 1.379 del Código civil

Según el tenor literal del artículo 1.379 del Código civil: «Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Se han dado en nuestra doctrina diversas interpretaciones a este precepto.

Para unos autores, a través de dicho artículo «la ley permite al cónyuge disponente anticipar su voluntad con eficacia *post portem* con relación a su futura cuota ganancial» (55).

Según otros, lo que se permite es «legar su parte en el patrimonio común en la liquidación o instituir heredero en ella» (56).

Se ha dicho también que no se trata de «disponer de los bienes actualmente conyugales, sino anticipadamente de la parte de ellos que venga después a corresponder al cónyuge que sea, una vez que cesaron de ser comunes» (57).

(54) La redacción dada al art. 1.379 en el Proyecto de Ley era igualmente negativa, recogiendo la misma fórmula del antiguo art. 1.414, pero sustituyendo la palabra «marido» por la expresión «cada uno de los cónyuges». Cfr. *B.O.G.C.*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 71-1, con fecha de 14 de septiembre de 1979.

El cambio de redacción para la que luego se convirtió en Ley se debe a la enmienda núm. 331 del Grupo Socialista, introducida en el Informe de la Ponencia. Cfr. *B.O.G.C.*, cit., núm. 71-1-3, de 22 de mayo de 1980, p. 26. Según la motivación de la misma, «es preferible la formulación positiva a la negativa, y, además, aunque el espíritu del precepto parece claro, no lo es la letra, ya que su interpretación literal podría llevar a sostener que cada cónyuge sólo puede disponer de la mitad de los gananciales que le correspondan».

A través de dicha enmienda se cambia también la expresión «su mitad de gananciales» por la de «la mitad de los bienes gananciales». En un sentido parecido, se había propuesto otra enmienda, la núm. 269, por el Grupo Socialista de Catalunya, pero utilizando la expresión «su cuota en la comunidad».

Sobre dicho cambio de redacción, vid. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 202; y T. GIMÉNEZ DUART, «La gestión de la comunidad de gananciales», *A.D.C.*, XXXV, 1982, p. 580.

(55) Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, T. II (Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales), Madrid, 1981, p. 272.

(56) Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1982, p. 462.

(57) Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989,

Salvando las diferencias de matiz que pudieran existir, estamos de acuerdo en general con estas afirmaciones. En definitiva, lo que se establece en el artículo 1.379 del Código civil es un puro límite cuantitativo a la disposición testamentaria que un cónyuge pueda hacer de bienes gananciales. La interpretación del mismo debe hacerse en consonancia con lo previsto en los artículos 1.344 y 1.404 del Código civil. Es decir, liquidada la sociedad de gananciales conforme se establece en los artículos 1.396 y ss. (con el pago de las deudas comunes, los reintegros que procedan y las deducciones a que alude el artículo 1.404 del Código civil), el remanente se divide por mitad entre ambos cónyuges. Pues bien, lo que el artículo 1.379 permite es disponer testamentariamente de la mitad de ese remanente, como tope máximo de la disposición.

Como afirmaba en su día Sánchez Román «en la liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, previas las deducciones y reintegros a cada uno de ellos de los que son bienes de su pertenencia particular, así como de las responsabilidades que fueran imputables al acervo común. El saldo que resulte constituirá el activo verdadero de los gananciales, que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges, o entre uno y los derechohabientes de otro» (58).

La nueva situación creada con la reforma permite, no obstante, enfocar la cuestión en sus debidos términos. Como afirma Torres García<sup>\*</sup>, la consagración del principio de igualdad entre hombre y mujer en los artículos 14 y 32,2 de la Constitución es el «lema que ha guiado toda la reforma del régimen económico matrimonial, lo cual ya por principio iba a suponer que el poder de administración general que sobre los bienes comunes tenía el marido por disposición legal, le desaparecía y en consecuencia les fuera conferido a los dos esposos» (59).

El dato es importante ya que, en la actualidad, la problemática de la disposición *mortis causa* de bienes gananciales puede ser analizada haciendo abstracción de los poderes del marido como administrador de la sociedad conyugal. Sin perjuicio de las limitaciones que en su momento introdujeron las Leyes de 24 de abril de 1958 y de 2 de mayo de 1975 (60), hoy en día la igualdad de los cónyuges y

p. 186. En el mismo sentido, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1988, p. 138; y parcialmente, J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1984, p. 372.

(58) Cfr. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1912, p. 849. En el mismo sentido, recogiendo estas palabras casi literalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 enero 1960 (*R.J.A.* 437). Vid. asimismo las RR. de 2 febrero 1960 (*J.R.*, IX, pp. 768 y ss.) y 30 abril 1986 (*R.J.A.* 2135).

(59) Cfr. TORRES GARCÍA, *op. cit.*, p. 724.

(60) Sobre el tema, ampliamente, TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pp. 728 y ss.; y Gó-

la desaparición de la dote y los parafernales han supuesto una transformación radical en la materia. Ya no cabe hablar, como se ha dicho «de una masa en manos de uno de ellos, ni de responsabilidad por la restitución de bienes confiados por la ley o el pacto a la custodia de uno. Los cónyuges tienen ahora los mismos derechos y obligaciones, y retiran sus bienes y su parte de gananciales a la par» (61).

Vista la cuestión desde esta nueva perspectiva, no hay duda de que el artículo 1.379 del Código civil, aplicado por igual a ambos cónyuges, permite disponer por testamento de la mitad del remanente que quede tras la liquidación, como tope máximo de la disposición. Como señala Díez-Picazo «la disposición testamentaria, que es personalísima para cada uno de los cónyuges, tiene su límite en aquello que en la sociedad legal le corresponda al testador y no puede ir más allá. Si fuera más allá habrá de considerarse ineficaz» (62).

En definitiva, el artículo 1.379 no contempla más que una disposición genérica sobre bienes gananciales, que debe ceñirse a la mitad del remanente líquido a que alude el artículo 1.404 (63). Nos encontramos, pues, con que a pesar del cambio de redacción, la regla tiene un evidente carácter negativo (64).

Por otro lado, no parece que deba plantearse aquí si la disposición se hace a título universal o particular. En este orden de cosas no podemos estar de acuerdo con la afirmación de que el artículo 1.379 se refiere a las disposiciones a título universal, mientras que el 1.380 lo hace a las disposiciones a título particular (65). Aparte la interpretación que se desprende del primer precepto, no parece que el tenor literal de dichos artículos permita establecer tal diferencia. El artículo 1.379 habla de «disponer por testamento», y el 1.380 de «disposición testamentaria», expresiones éstas que para nosotros no son diferentes. En ambos casos cabe que la disposición sea a título de herencia o de legado. Lo que los diferencia es que el primero de ellos se refiere

---

MEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, cit., pp. 631 y ss., y «Supresión de la licencia marital», *A.D.C.*, XXX, 1977, pp. 375 y ss.

(61) LACRUZ y SANCHO, *op. cit.*, IV, p. 488.

(62) Cfr. Díez-Picazo, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Técno, Madrid, 1984, p. 1766.

(63) Así lo destaca J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, IV, 2.ª ed. 1985, pp. 154-5.

(64) Cfr. Díez-Picazo, *op. y loc. últ. cit.*, aunque después, al comentar el art. 1.380, destaca que la regla del art. 1.379 es en parte positiva en cuanto que permite que se lleve a cabo una disposición global o parcial de los gananciales. En sentido parecido en Díez-Picazo y Gullón, *Sistema...*, cit., IV, p. 202. En cambio, para A. Ortí Vallejo *Las facultades de disposición «mortis causa» de bienes gananciales*, «ADC», 1989, pp. 672 y ss., el art. 1.379 prohíbe disponer «mortis causa» de bienes gananciales individualizados, con la salvedad del art. 1.380. Lo único que permitiría entonces aquel precepto en cuanto a los gananciales, sería hacer testamento señalando el beneficiario o beneficiarios de la parte de bienes que se le adjudiquen en la comunidad.

(65) Cfr. C. Cano Tello, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, 2.ª ed., C. Civitas, Madrid, 1983, p. 33.

a una disposición en abstracto y el 1.380, en cambio, contempla una disposición de bienes concretos (66).

Sin embargo, para algún autor, parece en principio que el artículo 1.379 «se refiere a una disposición parciaria respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero no está claro si puede disponer a título singular y no está claro si la disposición de bienes gananciales (a que «literalmente» se refiere la Ley), supone que el beneficiario es el único legitimado en las operaciones particionales o si es mero destinatario de bienes, y está menos claro el régimen de las deudas del causante de que respondan bienes gananciales o que sean a cargo de la sociedad, pues es dudoso si le afectan o si responde de ellas, etc. La regulación es, lamentablemente, imprecisa e insuficiente» (67).

No creo que dichas cuestiones tengan nada que ver con lo establecido en el artículo 1.379. Este consagra un límite que no puede ser rebasado y, en cuanto a las deudas, si éstas agotan el caudal, harán ineficaz la disposición (68). En realidad la solución debe ser la misma que la que la doctrina francesa propugna para explicar el primer párrafo del artículo 1.423 del Code. Disponiendo éste que el legado hecho por uno de los esposos no puede exceder de su parte en la comunidad, propiamente se está remitiendo a lo que pueda corres-

---

(66) En este sentido, no se explica muy bien por qué LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, IV, cit., p. 488, limitan la aplicación del art. 1.379 al legado en la parte del patrimonio común correspondiente tras la liquidación o a la institución de heredero en la misma, pero exclusivamente *ex re certa* en cuanto a esta última.

Para nosotros, de la participación futura en el patrimonio común se puede disponer a título de legado (pensamos que de parte alicuota) o de herencia en general. Precisamente el caso de institución de heredero *ex re certa*, tal como ésta es entendida por los mismos autores en *Elementos...*, cit., V, 2.ª ed., 1988, pp. 32-3, encajaría en el art. 1.380, al igual que el de legado de cosa ganancial determinada, y no en el 1.379, que sólo contempla la disposición testamentaria en abstracto.

En el mismo sentido de considerar que el art. 1.379 habla de la mitad de los gananciales como disposición *ex re certa*, C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y Jurisprudencia del Código civil*, Edersa, Madrid, 1984, p. 1919.

(67) Cfr. R. BLANQUER UBEROS, «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *A.A.M.N.*, XXV, 1982, p. 92, nota 73.

(68) No obstante, como afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 438-9, refiriéndose a la postura de BLANQUER UBEROS, «considerando nosotros la hipótesis de que la disposición de la "mitad de gananciales" se haga a título singular, puede entenderse que las operaciones de liquidación de la sociedad (por ejemplo, determinación de lo que, en su caso, deba ser reintegrado por el causante a la sociedad o, viceversa, por la sociedad al cónyuge como reembolso de bienes privativos de éste aplicados a gastos de la comunidad), al suponer adjudicaciones o pagos que corresponden a bienes privativos sobre los que el legatario no tiene derecho alguno, deberán ser realizados por los herederos del causante. El legatario tiene un derecho de crédito para exigir la entrega de lo que sea definitivamente adjudicado a la herencia del testador pero, parece ser, en pago estricto de su participación en el remanente, y no lo que le haya sido adjudicado en pago de créditos privativos contra la sociedad».

ponderle tras realizar las operaciones liquidatorias a que se refieren los artículos 1.467 y ss. del Code (69).

## 2. La disposición testamentaria de bienes gananciales concretos

El nuevo artículo 1.380 de nuestro Código civil, a diferencia del anterior, supone una importante novedad en esta materia. Tras el límite a la disposición en abstracto que contempla el artículo 1.379, el artículo 1.380 se ocupa en cambio de resolver las cuestiones que plantean las disposiciones testamentarias de bienes gananciales concretos, dado que éstos pueden adjudicarse en uno u otro lote tras la liquidación. En este sentido, se establece la eficacia de tales disposiciones cuando dichos bienes sean adjudicados en la herencia del testador; disponiéndose que, en caso contrario, es decir, cuando los concretos bienes gananciales se adjudiquen en el lote del cónyuge sobreviviente, se entenderá legado el valor que tuvieran al tiempo del fallecimiento.

La solución consagrada en el artículo 1.380 de nuestro Código civil viene a corresponderse, *mutatis mutandis*, con la que se contempla en el apartado 2.º del artículo 1.423 del Code civil francés, ya examinado, y es similar también a la que prevé la Ley 251, apartado 2.º de la Compilación navarra para el legado de bienes de conquistas (70). Sin embargo, a pesar de la sencillez de la solución que una primera lectura del precepto ofrece, la fundamentación teórica de la

---

(69) Cfr. COLIN y CAPITANT, *Cours...*, cit., III, núm. 355; PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, cit., núm. 529; COLOMER, *Droit civil*, cit., ed. 1988, núm. 443.

El Code francés se refiere a los legados por su especial sistema sucesorio. Así, el *testament-partagé* sobre bienes comunes es nulo de pleno derecho. Sobre esto, VOIRIN, *Nota*, cit., p. 120; y MALAURIE, *Nota*, cit., p. 278. No obstante, como más adelante veremos, parte de la doctrina propugna extender la misma solución del art. 1.423 del Code a la denominada *partage d'ascendant*.

(70) Según el apartado 2.º de la Ley 251, el legado es válido en su totalidad, pero en cuanto a lo que no fuere adjudicado, tras la liquidación de la sociedad de conquistas, en la herencia del cuasante, su efecto será meramente personal, como legado válido de cosa ajena. Este se regula en la Ley 249, del que en realidad sólo se aplica aquí su segundo inciso, permitiéndose al heredero liberarse de su obligación abonando el valor según justa estimación. Sobre el legado de bienes de conquista, vid. F. SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, VI-1.º, Pamplona, 1976, p. 512 y V-2.º, 1975, pp. 358 y ss.

Dicha solución parece que tendrá el límite cuantitativo que se desprende de la Ley 90, apartado 1.º, según la nueva redacción dada a la misma por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, es decir, la proporción pactada o, en su defecto, la mitad del remanente líquido de los bienes de conquista.

La solución de la Ley 251 parece igualmente aplicable al régimen de comunidad universal de bienes, por la remisión que realiza en núm. 5 de la Ley 101 a las disposiciones establecidas para el régimen de conquistas. En este caso con el límite previsto en el núm. 4 de la misma Ley respecto al remanente líquido de los bienes comunes, que viene a coincidir en realidad con el previsto en el ap. 1.º de la Ley 90.

misma al interpretar el artículo 1.380 se plantea de forma diferente entre los autores.

Para unos, el precepto acoge la solución que en general había adoptado la doctrina (concretamente la postura de De la Cámara) en cuanto al llamado legado de cosa ganancial. Y así, deberá interpretarse como legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, debiendo los herederos procurar que la cosa se adjudique en el lote correspondiente al testador, y entendiéndose que, salvo voluntad inequívoca de éste, quiso legar toda la cosa, y no sólo la mitad (71).

Según otros autores, la adjudicación del bien en el lote del testador será posterior a las atribuciones preferentes del artículo 1.406 «y en cuanto al legado de la cosa no incluido en el haber —subrogación real de la cosa por su valor— supone una variante en el juego analógico de los artículos 875, 882 y 884 en cuanto los puntualiza en este estricto supuesto» (72).

Se ha escrito también que, subordinando la eficacia del legado al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que hace el artículo 1.380 es atribuir una eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena (73). Según otros, se trata de «la conversión del legado de cosa específica, en legado de cantidad, conversión que se realiza por ministerio de la ley» (74).

Finalmente se ha dicho que la circunstancia necesaria para que el legado surta efecto es «que premuera el cónyuge del testador y el bien legado por el testador fuere adjudicado a su herencia, o aunque la ley no lo diga, le fuere adjudicado a título de cuota de los beneficios al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, sea por muerte del otro cónyuge o por disolución del matrimonio a causa de una acción de divorcio» (75).

Todas estas afirmaciones, sin embargo, deben ser convenientemente analizadas para buscar el verdadero sentido de la norma contenida en el artículo 1.380 del Código civil. Para ello es necesario que estudiemos por separado cada una de las cuestiones planteadas:

---

(71) En este sentido, LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, p. 462; y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-2.º, p. 372.

(72) Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, cit., p. 272.

(73) Cfr. DíEZ-PICAZO, *Comentarios...*, cit., II, pp. 1766-7; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., IV, p. 202, y BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, pp. 92-3, para quien «la norma legal viene a recoger los principios de los arts. 864 (legado de cosa en parte propia) y 861 (legado de cosa ajena)».

(74) Cfr. CANO TELLO, *op. cit.*, p. 35. Anteriormente dice que el Código recoge ahora la doctrina de MANRESA en este punto, lo cual no parece que se pueda mantener.

(75) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *op. cit.*, pp. 1919-20; y *Régimen económico del matrimonio*, Edersa, Madrid, 1982, p. 301.

A) ¿Están obligados los herederos a procurar la adjudicación de la cosa en su haber?

Aun cuando antes de la reforma de 1981, algunos autores —especialmente De la Cámara— habían defendido la existencia de una obligación por parte de los herederos de procurar la adjudicación de la cosa ganancial en su correspondiente lote, no parece que ello pueda ser mantenido en la actualidad. Cuando el testador dispone *mortis causa* de una cosa ganancial, tal decisión no puede vincular en la división del caudal común, ni al otro cónyuge, ni a los herederos (76). En el artículo 1.380 del Código civil se comprenden las dos alternativas posibles: que la cosa se adjudique en la herencia del causante o en el lote correspondiente al cónyuge que sobrevive. En ambos casos se proclama la eficacia de la disposición, lo que parece dejar sin sentido la pregunta.

Además de ello, la obligación del heredero de adquirir la cosa para entregarla al beneficiario del legado, a que se refiere el artículo 861 del Código civil, nada tiene que ver con la liquidación de la sociedad de gananciales. Se trata de una obligación de proporcionar la misma al legatario, y no de procurar su adjudicación en el lote del gravado (77).

Cuestión distinta es mantener que el testador puede imponer expresamente a sus herederos, como modo y obligación, una determinada conducta en la liquidación de la sociedad, encaminada a la efectividad del legado en los términos y cuantía deseados (78). Sin embargo, ni siquiera cabe plantear así el problema. La solución del artículo 1.380 no impide al testador establecer unas reglas diferentes por las que han de regirse tal tipo de disposiciones, como tampoco el artículo 861 puede imponerse de modo absoluto a lo ordenado por aquél en el testamento. En ambos supuestos se trata de reglas subsidiarias, dictadas para el caso de que el causante nada haya previsto al efecto.

En definitiva, lo que el artículo 1.380 del Código civil pretende es que la validez de las disposiciones testamentarias de bienes gananciales no se haga depender de conjeturas, ni de los resultados de la liquidación de la sociedad. Mientras no conste en el testamento una voluntad distinta la disposición será válida, aunque con una eficacia

---

(76) Así parece reconocerlo ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 186; y antes de la reforma DE COSSIO, *op. cit.*, núm. 295.

(77) Cfr. con diferentes argumentos B. MORENO QUESADA, «El cumplimiento del legado de cosa ajena», *A.D.C.*, XIV, 1961, pp. 627 y ss.; G. GARCÍA CANTERO, «Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil», *R.C.D.I.*, XLVI, 1973, p. 808; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, pp. 54 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 164 y ss. Indirectamente también, R. M. ROCA SASTRE, «El legado de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, p. 204.

(78) Cfr. BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, p. 93.

diferente en cada caso, es decir, susceptible unas veces de cumplimiento *in natura*, y otras en valor.

**B) Eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena**

Entender que el artículo 1.380 del Código civil lo que hace es atribuir a la disposición testamentaria recayente sobre un bien ganancial una eficacia alternativa como legado de cosa propia o legado de cosa ajena es bastante discutible. En el legado alternativo, a que se refiere el artículo 874 del Código civil, el testador señala varias cosas, de las cuales en principio el gravado debe elegir una de ellas para entregarla al legatario. La elección se manifiesta a través de una declaración de voluntad y el momento a tener en cuenta es el de la muerte del causante (79). Nada de esto ocurre en el caso del artículo 1.380 del Código civil: nadie tiene en sus manos la facultad de elegir entre varias cosas, o entre una de ellas o su valor. Y además, el momento al que se atiende es el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Por otro lado, cuando se dispone a título de legado de una cosa ganancial, éste no podrá ser, por razones obvias, ni de cosa ajena, ni de cosa propia, sino precisamente de cosa ganancial. Cuando el bien legado se adjudique tras la liquidación en el lote del testador, no se aplica el régimen de los legados de cosa propia del artículo 882 del Código civil. Este se refiere a cosas pertenecientes al testador en el momento de su muerte, y su propiedad se adquiere inmediatamente por el legatario. Tampoco cabe configurar la disposición como legado de cosa ajena cuando el bien se adjudica en el lote correspondiente al cónyuge del causante, porque, aunque la solución de los artículos 1.380 y 861 sea similar, no se puede afirmar que en el momento de su muerte la cosa no pertenecía al testador en absoluto (80). En definitiva, la solución que prevé el Código en el artículo 1.380 es diferente de la de aquellos otros tipos de legado, precisamente por pertenecer la cosa a la comunidad conyugal (81).

---

(79) Sobre el legado alternativo, por todos, ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, pp. 198 y ss.

(80) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 444.

(81) Dicha diferencia se destaca contraponiendo el texto vigente con el de la única enmienda presentada al art. 1.380, que no prosperó. La enmienda núm. 427, planteada en el seno del Congreso de los Diputados por el Grupo Centrista proponía el texto siguiente: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado en la herencia del testador, y en otro caso se someterá a las reglas de la sección décima, capítulo II, título III, del libro III de este Código».

Conforme a la motivación de la misma: «Parece más adecuado atraer las reglas que el propio Código contiene sobre el legado de cosa ajena, o ajena en parte, con lo que se arbitra un juego mejor para realizar la voluntad del testador y los designios familiares».

C) Conversión de legado de cosa específica en legado de cantidad «ope legis»

Afirmar que en el artículo 1.380 del Código civil estamos ante una conversión de legado de cosa específica en legado de cantidad por ministerio de la ley, puede inducir a bastantes equívocos. Cuando el Código habla de legado de cosa específica en el artículo 882 presupone que ésta es propia del testador (82), y no se refiere por tanto al supuesto de cosa ganancial.

Por otra parte, el mismo razonamiento serviría para afirmar que de lo que se trata es de la conversión de un legado de valor en legado de cosa específica, si ésta se adjudica en el lote correspondiente al testador. En realidad, si el causante dispone efectivamente de la cosa a título de legado, ésta va a tener un régimen específico diferente a los demás. No es que inicialmente sea de cosa específica y luego se convierta en legado de valor, o viceversa, sino que, siendo válido inicialmente como legado de cosa ganancial, su cumplimiento *in natura* o por equivalente se hace depender de los resultados de la liquidación.

D) Necesidad de la premuerte del cónyuge del testador

La cuestión de la necesidad de la premuerte del cónyuge del testador, como presupuesto para la aplicación del artículo 1.380, no tiene ningún apoyo en la letra del precepto. Más bien parece estar pensado precisamente para el caso de disposición hecha en vida de ambos cónyuges (83).

Cabe plantear, no obstante, la posibilidad de que la disposición *mortis causa* recaiga sobre un bien perteneciente a la comunidad postmatrimonial indivisa, es decir, sobre un bien de la comunidad no liquidada. La cuestión se ha suscitado en algunas sentencias del Tribunal Supremo (84), y en todas ellas la solución ha sido negativa, sobre la base de que el testador no puede incluir en la partición de sus bienes aquellos que no son de su pertenencia exclusiva.

La posibilidad de incluir bienes gananciales en la partición hecha por el testador merece que nos detengamos en ella más adelante; pero, desde luego, no deja de llamar la atención que el Tribunal Supremo ni siquiera se haya planteado en estas decisiones la posible aplicación de los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil. Aun admitiendo la postura del Tribunal Supremo en cuanto a la interpretación del

---

(82) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios...*, XII-1.º, pp. 279 y ss.

(83) Así, para GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 454, nota 979.

(84) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 marzo 1980 (R.J.A. 1016) y tras la reforma, la de 5 junio 1985 (R.J.A. 3095) y 7 diciembre 1988 (R.J.A. 9301).

artículo 1.056, creo que cuando se dispone simplemente a título de legado de un bien perteneciente a la comunidad no liquidada, a falta de una norma específica, se debe aplicar también la doctrina contenida en los artículos 1.379 y 1.380 (85). Ciertamente el testador puede aclarar la situación de esos bienes promoviendo la liquidación de la sociedad conyugal ya extinguida; pero, en caso contrario, no veo motivos para negar la aplicación de dichos preceptos (86).

#### E) Especialidad de la disposición «mortis causa» de bienes gananciales

A nuestro juicio, los nuevos artículos 1.379 y 1.380 del Código civil recogen un régimen sucesorio específico, aplicable cuando la disposición testamentaria se refiere a bienes de naturaleza ganancial. En este sentido ha venido a llenar un vacío legal importante al regular, no sólo el legado de cosa ganancial (que es a lo que parece ceñirlo la mayor parte de los autores), sino cualquier disposición testamentaria sobre bienes gananciales, sea a título de herencia o de legado.

La especialidad radica en lo siguiente: ya que durante el matrimonio carecen los cónyuges de una titularidad concreta sobre cada uno de los bienes integrantes de la sociedad conyugal, la disposición testamentaria que recaiga sobre una cosa perteneciente a dicho patrimonio debe interpretarse hecha, en principio, con cargo a la participación que en la liquidación de la sociedad de gananciales corresponda al testador.

No sobrepasando dicho límite las diversas disposiciones concretas sobre bienes comunes, y teniendo en cuenta que aquéllas no pueden vincular al otro conyuge en la división del caudal común, lo que hace la ley es subordinar el definitivo cumplimiento de la disposición a los resultados de la liquidación. Si, tras ésta, la cosa se adjudica en el lote correspondiente al testador, aquélla se cumplirá *in natura*. Por el contrario, si es adjudicada en el lote del supérstite, se entiende legado el valor de la cosa al tiempo del fallecimiento, de acuerdo, según se ha dicho, con la presumible intención del testador en este caso (87).

No obstante, como destaca González Pacanowska, «en ambos casos, es decir, ya sea posible cumplir la disposición *in natura*, ya se

(85) En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, pp. 454 y ss.

(86) En contra, LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, p. 463; y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-2.º, p. 372, para quienes el art. 1.380 sólo contempla el legado hecho en vida de ambos cónyuges, pero no el dispuesto por el sobreviviente sobre bienes de la comunidad no liquidada.

(87) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 445; ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 186; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, IV, cit., p. 423; BLANQUER UBEROS, *op. cit.*, p. 93, nota 74; ORTÍ, *op. cit.*, pp. 693-4.

resuelva en la entrega del valor de la cosa ganancial legada, debe estimarse que el límite económico de la disposición viene fijado por lo que, por todos los conceptos, corresponda al testador en la liquidación de la sociedad de gananciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.379» (88).

Por otro lado, consideramos totalmente irrelevante el conocimiento o no por parte del testador del carácter ganancial de la cosa, lo que constituye una diferencia fundamental con la doctrina que, en cuanto a la validez de los legados de cosa ajena, establece el artículo 861. Otro tema es que pensemos que, en el caso de que el testador disponga de la cosa como propia, la disposición sea ineficaz afectada por error en la formación de la voluntad, tal como expusimos al examinar la postura de De la Cámara (89).

Tampoco pensamos que deba tener relevancia, a los efectos del artículo 1.380, el hecho de que la titularidad formal del concreto bien ganancial de que se dispone pueda ostentarla uno solo de los cónyuges, ni tampoco que esté inscrito en el Registro a nombre de sólo uno de ellos si el bien es efectivamente ganancial, como puede suceder en el caso del artículo 94,1 del R.H. (90).

### 3. La disposición a título de herencia y a título de legado

#### A) Régimen general del artículo 1.380 del Código civil

Para la mayoría de los autores, el artículo 1.380 del Código civil se refiere exclusivamente al legado de cosa ganancial y no se plantean la posibilidad de que la disposición sea a título de herencia (91). Ello

---

(88) Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 445. En cambio, para ORTÍ, *op. cit.*, pp. 697 y ss., a través del art. 1.380 se puede disponer únicamente de un solo bien ganancial; pero dada su peculiar interpretación del art. 1.379, aunque el valor de la cosa legada exceda de la parte que el testador tenga en la comunidad, el legado sería válido mientras no perjudique las legítimas.

(89) A la misma conclusión llega GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 446, aunque vía art. 797 del Código civil, como si se tratara de error en la causa.

(90) Según el mismo, conforme a la nueva redacción dada al precepto por R.D. núm. 3.215/1982, de 12 de noviembre «los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial».

Ello debe ponerse en relación con el art. 1.362 del Código civil. Cfr. TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pp. 756 y ss.; P. AVILA ALVAREZ, «Inscripción de bienes de ausente, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», *R.C.D.I.*, LVI, 1983, pp. 288 y ss., y *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, Centro de estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 119 y ss.; V. J. CASTILLO TAMARIT, «Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales», *R.D.N.*, núms. 121-122, 1983, pp. 38 y ss.

(91) No obstante, O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 158, afirma que se tratará generalmente de un legado, con lo que parece admitir la posibilidad de disposición a título de heredero. Asimismo, ORTÍ, *op. cit.*, pp. 695 y ss., admite también la posibilidad de disponer a título de heredero.

tal vez se deba al peso de la doctrina anterior a la reforma que, ante la ausencia de una normativa específica sobre el tema, acudía con profusión a la analogía sobre la base de las reglas existentes para ciertos tipos de legados. La verdad es que hoy, tanto el artículo 1.379 como el 1.380, hablan de disposición testamentaria de bienes gananciales sin ceñirse exclusivamente a los legados. Así pues, cabrá tanto una disposición en concepto de legado como una institución de heredero (*ex re certa*, en el caso del art. 1.380).

No parece que suponga ningún obstáculo para esta interpretación el artículo 768 del Código civil, a tenor del cual «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario». Conjugado con el artículo 668 del Código civil, dicha regla no es más que un criterio interpretativo, una presunción que decae cuando el testador quiere que el instituido responda de las deudas hereditarias, o cuando a través de un acto particional se encierra en la institución en cosa determinada una verdadera manifestación de voluntad dispositiva.

Desde esta perspectiva, si el testador ha instituido heredero en una cosa ganancial y, tras el testador la liquidación de la sociedad conyugal, la misma cae en su lote, la disposición valdrá con tal institución de heredero. Asimismo, si lo que hizo fue un legado, para el mismo supuesto, el legado será susceptible de cumplimiento *in natura*. Esto es lo que, a mi juicio, quiere decir el primer inciso del artículo 1.380 del Código civil cuando establece que «la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador».

Ahora bien, en el caso contrario, es decir, cuando el bien de que se ha dispuesto caiga en el lote correspondiente al otro cónyuge tras la liquidación, las cosas cambian. Para esta situación está previsto el segundo inciso de aquel artículo, según el cual «*se entenderá legado el valor que tuviere la cosa al tiempo del fallecimiento*». Solamente aquí es donde aparece una alusión específica a los legados y, concretamente, a los legados de valor. El precepto parece querer decir que, háyase hecho la disposición a título de herencia o de legado, cuando la cosa no se adjudique tras la liquidación en el lote correspondiente al testador, debe entenderse siempre a título de legado (o prelegado, en su caso), que será de valor, referido al que tenía la cosa en el momento de fallecer el causante.

## B) La transformación en legado de valor

Si bien cuando el testador dispone de una cosa ganancial en concepto de legado no se plantean problemas en cuanto a su configuración jurídica, siendo susceptible de cumplimiento *in natura* o en valor dependiendo de los resultados de la liquidación de la sociedad conyu-

gal, la cuestión cambia radicalmente cuando se plantea la posibilidad de disponer de la cosa a título de herencia.

La ley parece entender aquí, con buen criterio, que no es posible instituir heredero en cosa ajena o, mejor, que si la cosa no se adjudica en el lote correspondiente al testador, no puede considerarse que siga subsistiendo la institución referida a una cosa ajena (dinero ajeno, concretamente). Por el contrario, en este caso se debe entender que existe un legado por el valor que tuviera la cosa al tiempo del fallecimiento.

Entiendo que tal legado de valor debe ser pagado por regla general en dinero, no siendo posible hacerlo, salvo pacto en contrario, con otros bienes. Tal es la solución que prevé el Código civil para otros casos en que existen diferencias cuantitativas, como son los artículos 821, 829, 841 y ss., 1.056,2 y 1.062,1 en materia de Derecho sucesorio; el artículo 1.407, en tema de atribuciones preferentes; el artículo 1.431, dentro del régimen de participación; o el artículo 404 en cuanto al régimen de copropiedad (92).

El hecho de que la institución se transforme por ministerio de la ley en un legado de valor, equivalente al que tenía la cosa al tiempo del fallecimiento, encaja perfectamente con el principio de que no es posible instituir heredero en cosa ajena. En aplicación de ello, el artículo 1.380 no hace más que entender que en este caso no puede mantenerse la institución, que estaba supeditada al resultado de la liquidación, y que por ello debe entenderse *legado* el valor de la cosa.

Nuestro Código civil contempla la figura del legado de cosa ajena, pero no la institución de heredero en cosa ajena, ya que es consustancial a la figura del heredero suceder en los propios bienes hereditarios, asumiendo con ello los derechos y obligaciones del causante (93). El testador nada puede hacer para construir la figura del heredero de forma diferente, porque su voluntad debe mantenerse dentro de los límites reconocidos por la ley, de la cual recibe fuerza obligatoria el contenido de esa voluntad manifestada (94).

En opinión de Albaladejo, «como las figuras jurídicas son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean, es claro que lo que está en manos del interesado es llamar a la persona de que se

(92) Así lo entiende también la doctrina francesa para el caso del párrafo 2.º del art. 1.423 del Code, a pesar de la confusión a la que puede inducir el término «*récompense*» que éste utiliza. Por todos, vid. MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, cit., núm. 233; y PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VIII, cit., núm. 531.

(93) Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, 2.ª ed., 1987, pp. 16 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, IV, cit., p. 325.

Incluso partiendo de la tesis subjetiva en cuanto a la distinción entre heredero y legatario, LACRUZ y ALBALADEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 80, entiende que «el causante no puede convertir en heredero a quien no ofrezca términos hábiles para serlo».

(94) En este sentido, TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 29.

trata a sucederle en la forma (universal o particular) que a él le plazca, pero lo que no puede hacer es que le suceda particularmente uno a quien instituye sucesor universal, o que le suceda universalmente uno a quien lo instituye particular. Y no puede, no porque la ley lo prohíba, sino porque lo rechaza el modo de ser de las cosas. Lo mismo que un vendedor no puede querer vender gratis, ni un donante querer donar a cambio de precio, porque la venta es enajenación a cambio de precio, y la donación gratuitamente» (95).

En nuestro caso, el testador podrá hacer recaer la institución de heredero sobre un bien ganancial concreto, pero los efectos correspondientes a este tipo de sucesión dependen de lo que resulte de la liquidación del haber conyugal, de modo que sólo si el bien se adjudica en el lote correspondiente al testador podrá entenderse que se mantiene la institución. En caso contrario, si el testador no ha previsto expresamente esta posibilidad, la ley entiende que estamos ante un legado por el valor de la cosa, producto precisamente de la imposibilidad de existencia de un heredero cuya cuota se cubra exclusivamente con dinero no hereditario (96).

No parece que se pueda oponer a ello la afirmación de que de esta manera se limitan las facultades dispositivas del causante, en el sentido de que se haría depender el título de la asignación de un hecho incierto, como es el resultado de la liquidación del haber común, y no se respetaría el tenor del testamento, en el que aparece una voluntad expresa de instituir heredero.

Aparte la imposibilidad del testador para sobrepasar los límites objetivos que le impone el Derecho, puede responderse que, si el pago del valor de la cosa está de acuerdo con la presumible intención del testador cuando el bien de que ha dispuesto no se adjudica en su lote, se respeta con ello perfectamente el contenido del artículo 675 del Código civil que acude, para interpretar toda disposición *mortis causa*, al criterio de la voluntad o intención del testador.

Por tanto, la disposición testamentaria de un bien ganancial hecha a título de heredero, está supeditada, por la propia naturaleza del bien, a los resultados de la liquidación. Viene a ser, paralelamente, el mismo condicionamiento que impone el artículo 1.379 sobre toda

---

(95) Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, p. 18.

(96) En contra, manteniendo que no hay incompatibilidad entre la posición jurídica de heredero y el hecho de recibir exclusivamente metálico extrahereditario, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección III, vol. I, Reus, Madrid, 1964, pp. 729 y ss. y 995; y F. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario» a los arts. 841 a 847 del Código civil, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1426 y 1452 y ss. Ambos autores se refieren, no obstante, al caso especial del heredero forzoso cuya legítima se conmuta en metálico extrahereditario en los supuestos en que así lo admite el Código civil. Vid. al respecto, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 147 y ss.

disposición *mortis causa* de bienes gananciales. Así, aparte del límite cuantitativo que éste establece, parece que inevitablemente debe afirmarse la ineficacia de toda disposición (sea a título de herencia o de legado) cuando, tras la liquidación, no existe remanente por agotarse el caudal en deudas frente a terceros acreedores de la sociedad, o no se le adjudica nada al testador por haberse entregado todo al otro cónyuge en concepto de indemnizaciones o reintegros del artículo 1.403 del Código civil.

No obstante lo anterior, creemos necesario hacer algunas matizaciones. Así, para nosotros, requiere un tratamiento diferente el supuesto de que el testador distribuya singularmente sus bienes propios y todos los gananciales que cree le puedan corresponder tras la liquidación de la sociedad conyugal (siempre con el límite del artículo 1.379), de aquel en que la disposición se realice en abstracto (97) o sólo se disponga de un bien ganancial, cuyo valor no supere el límite cuantitativo que establece el artículo 1.379, adjudicándose, por tanto, en el lote del testador otros bienes gananciales hasta cubrir aquél, de los que se dispone en abstracto.

En el primer caso tendríamos que, de adjudicarse uno o varios de esos bienes en el lote del otro cónyuge, el hueco dejado por éstos se cubriría con otros bienes gananciales, que no habrían sido atribuidos a nadie y serían por tanto remanente, caudal no distribuido.

En el otro caso, al tratarse de una disposición en abstracto, dicho problema no existiría. Lo mismo sucederá cuando sólo se disponga de un bien cuyo valor no supere el límite a que se refiere el artículo 1.379 y se disponga en abstracto del resto que, tras la liquidación, pueda corresponder al testador, en favor de la misma persona.

La cuestión no es baladí, y mucho menos cuando existan legitimarios. En el primer caso, habrá que distinguir si estamos frente a una partición de bienes entre los herederos o ante una herencia distribuida toda ella en legados. Las consecuencias, aparte del problema de la responsabilidad por deudas, son en este caso de gran trascendencia, ya que, de considerarse que estamos ante legatarios y darse el supuesto de que algunos bienes se adjudiquen en el lote del otro cónyuge, los que se incorporen a cambio en el lote del testador serán considerados como remanente. Tal remanente, entonces, debería ser atribuido a los herederos *ab intestato* (98). De esta manera, cabría pregun-

---

(97) V. gr., instituyendo heredero en aquello que se le adjudique a su lote tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

(98) Tal es el criterio de M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, III, Madrid, 1890, pp. 367-68; N. MAURANDI, «Distribución de toda la herencia en legados», *R.G.D.*, 1950, p. 433; y MANRESA, *Comentarios...*, cit., VI, p. 818.

Sin embargo, para otros autores la cuestión debe ser matizada y admiten la aplicación del régimen del art. 891, aunque existan o aparezcan otros bienes no comprendidos entre los legados y sucedan en ellos los herederos legales. En este sentido, con diferencias de matiz en cuanto a las funciones que corresponden en este caso a los

tarse si el legitimario legatario de algún bien de los que no se incluyen en el lote del testador tiene, en este caso, algún derecho sobre los otros bienes gananciales que vayan a parar al lote del testador sustituyendo a aquél.

Dicho problema no existe en el supuesto de que se disponga de la futura cuota de gananciales en abstracto, ya que se recibirán siempre esos bienes de los que se ha dispuesto genéricamente. Tampoco existirá cuando el testador haya dispuesto de un bien ganancial concreto, y del resto de su cuota en abstracto hasta completar la porción correspondiente en favor de la misma persona, y aquél se adjudique en el lote del otro cónyuge, ya que en este caso el beneficiario recibirá los otros bienes que hayan sustituido a aquél en la división del haber común.

#### 4. *Disposición testamentaria de bienes gananciales sujetos al régimen de atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*

Tras estudiar el régimen jurídico a que quedan sometidas las disposiciones testamentarias que recaen sobre bienes gananciales, no parece ocioso que nos planteemos si las líneas generales del mismo se ven o no modificadas por lo establecido en los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil. En dichos preceptos se contemplan una serie de supuestos en que, al liquidar la sociedad conyugal, se posibilita la atribución preferente en favor de un cónyuge de ciertos elementos patrimoniales, de naturaleza ganancial, que estaban dirigidos por él empresarialmente o, en general, servían de base familiar o profesional al mismo (99). La cuestión, nueva en nuestro Código civil, pero co-

---

herederos *ab intestato*, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., VI-2.º, pp. 1339 y ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Apuntes de Derecho sucesorio*, INEJ, Madrid, 1955, p. 144; LACRUZ, en LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 99; R. ALVAREZ VIGARAY, «La distribución de toda la herencia en legados», *R.G.L.J.*, vol. 218, 1965, pp. 708 y ss.; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., XII-1.º, p. 398. Sobre esta problemática, ampliamente, M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 230 y ss.

(99) Sobre los mismos, aparte de las obras generales, V. M. GARRIDO DE PALMA L. T. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ-C. SÁNCHEZ GONZÁLEZ-J. VÉLEZ BUENO, *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Reus, Madrid, 1985; J. RAMS ALBESA, «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», *R.C.D.I.*, LVIII, 1985, pp. 727-836 y 927-1069; R. FONSECA, «Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil», *R.D.P.*, LXX, 1986, pp. 8-46 y 107-131. Desde un punto de vista particular, entendiendo que los arts. 1.406 y 1.407, así como el 1.321 del Código civil afectan al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima y, por tanto, a la naturaleza de la misma, A. REAL PÉREZ, *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 139 y ss., y *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 502 y ss.

nocida ya en otros ordenamientos (100), no trata más que de facilitar en la división la continuidad de uno de los esposos en una actividad o en el goce de determinados bienes.

Lo que aquí queremos plantearnos es si este régimen especial de atribuciones preferentes, establecido para ciertos bienes comunes, modifica cuanto hemos venido diciendo para el caso de que se disponga testamentariamente de los mismos. Hemos sostenido que el artículo 1.379, en relación con los artículos 1.344 y 1.404 del Código civil, establece puramente un límite cuantitativo a la posibilidad de disposición *mortis causa* de bienes gananciales por cualquiera de los cónyuges, cosa que en principio en nada se ve afectada por los artículos 1.406 y 1.407. Ahora bien, ¿se puede mantener la misma solución que hemos defendido para el artículo 1.380 cuando la cosa ganancial de la que se dispone es una de las enumeradas en el artículo 1.406? Dicho con otras palabras: ¿cabe aceptar la validez de una disposición testamentaria de una cosa ganancial sobre la que el otro cónyuge tiene un derecho de atribución preferente?

La cuestión no carece de importancia ya que, de aceptar su validez, al adjudicarse la cosa en el lote del cónyuge superviviente por virtud del artículo 1.406, tendríamos siempre un legado de valor. En caso contrario estaríamos ante una disposición ineficaz, por lo que el beneficiario de la misma no recibiría cuantitativamente nada.

Partiendo de la limitación que impone el artículo 1.379, lo que habrá que conocer es si el régimen de atribuciones preferentes es anterior a la división del haber partible o, por el contrario, no es más que una manera de proceder dentro del mismo. En el primer caso nos encontraríamos con que, al ser las atribuciones preferentes anteriores a la división por mitad que impone el artículo 1.404 del Código civil, la disposición del testador habría ido normalmente más allá de lo que el artículo 1.379 le permite. Por el contrario, aceptando la solución que parece seguir el Código, el artículo 1.379 jugaría el mismo papel que en los casos normales.

En efecto, tal como se regula en el Código civil, el derecho de atribución preferente está encuadrado dentro de la liquidación y división de la sociedad de gananciales y, por tanto, ha de hacerse efectivo al practicar la partición de la masa común (101). Como se ha afirma-

---

(100) Así, por lo que respecta al régimen matrimonial legal, el art. 58 de la Compilación aragonesa.

En cuanto al Derecho comparado, aparecen disposiciones similares en los arts. 832, 1.390 a 1.392 y 1.511 a 1.514 del Código civil francés. Asimismo los arts. 1.446 y 1.447 del Código civil belga. Para el Derecho italiano, en otro sentido, los arts. 230 bis y 540 del Código civil, fundamentalmente.

Tras la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, se ha incorporado también a la Ley 91 de la Compilación navarra un sistema de adjudicaciones preferentes en la liquidación de la sociedad de conquistas, muy similar al de nuestro Código civil.

(101) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 159.

do «la atribución preferente condiciona la partición, pero no la convierte en una operación que queda al arbitrio del atributivo preferente, sino que se manifiesta destacando determinados bienes —los atribuibles— que tiene que servir de referencia para la asignación de otros lo más similares posibles a éstos en el lote de la contraparte» (102). Hecha así efectiva en el momento de la partición, no parece por tanto que pueda afectar a la limitación cuantitativa que, según pensamos, establece el artículo 1.379, por cuanto los bienes atribuibles entran, como gananciales que son, dentro del ámbito de aplicación a que se refiere este último artículo.

Como se ha resumido certeramente, aunque se ejerza el derecho de preferente atribución «la participación de los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales (herederos del premuerto y cónyuge supérstite, o ambos cónyuges) será siempre igual desde el punto de vista cuantitativo. Lo que no habrá será igualdad cualitativa (pero ello no significa que vaya a existir un perjuicio económico para la otra parte)» (103).

Admitido esto, no parece que la solución tenga que ser diferente en el caso del artículo 1.380 del Código civil, cuando se disponga *mortis causa* de un bien sobre el que el otro cónyuge tiene un derecho de preferente atribución. De ser ejercitado efectivamente éste, se entendería legado el valor del bien al tiempo del fallecimiento. El artículo 1.380 no hace distinciones: se refiere a la disposición testamentaria de un bien ganancial, sin especificar que para su posible aplicación la disposición deba versar sobre bienes a los que no se apliquen los artículos 1.406 y 1.407 (104). Por otra parte, admitir que una disposición *mortis causa* de un bien ganancial prima para su cumplimiento *in natura* sobre estos artículos, sería tanto como aceptar que la decisión de uno de los cónyuges puede vincular al otro en la liquidación de la sociedad.

En definitiva, la disposición testamentaria debe ceder ante el derecho de atribución preferente, cuestión que no puede plantear excesivos problemas por cuanto al artículo 1.380 contempla ya las dos soluciones posibles. Como se ha dicho, constituyendo la esencia del derecho de atribución preferente la capacidad de uno de los cónyuges de pre-

---

(102) Cfr. RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 942. Seguidamente añade: «es decir, se abandona el principio de aleatoriedad en la adjudicación —uno forma los lotes y el otro elige o ambos formas los lotes y se sortea— para adoptar un sistema de conformación de lotes *dirigida*, en la que el objeto y objetos de atribución condicionan el resto de las atribuciones *para igualar cuantitativamente ambas y equilibrar, ya que no igualar cualitativamente las adjudicaciones*» (el subrayado es nuestro).

(103) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 161. Llevando el supuesto al caso límite de que el haber conyugal estuviere constituido únicamente por bienes que hubieran de ser atribuidos con preferencia al otro cónyuge, para estos autores, el consorte o sus herederos tendrían derecho, en todo caso, a la mitad del valor de aquellos bienes, respetándose por tanto la igualdad cuantitativa (cfr. *loc. ult. cit.*, nota 303).

(104) En este sentido, FONSECA, *op. cit.*, pp. 34 y 110.

figurar su lote respecto de unos bienes concretos del consorcio, si sobre uno de esos bienes se produce una disposición testamentaria que choca directamente con el ejercicio de la atribución, aquélla deberá ceder ante este otro derecho, y entonces se entenderá solamente legado el valor que la cosa tuviera al tiempo del fallecimiento (105).

Parece incluso que debería darse esta preferencia en el caso de que el derecho de atribución se pretendiese ejercitar sobre una explotación (artículo 1.406, núm. 2 del Código civil) de la que ha dispuesto el otro cónyuge a través del artículo 1.056, ap. 2.º del Código civil. Ante el posible choque de intereses, se ha dicho que «el derecho del cónyuge en base al artículo 1.406 a hacerse efectivo en fase de liquidación ganancial prevalece, de modo que el del hijo en base al 1.506, párrafo segundo, de fundamentación legal más genérica y de segundo orden en la escala de valores en juego, se reconducirá por la vía de la disposición testamentaria de contenido ganancial en que el objeto no se ha adjudicado a la herencia del testador» (106).

La cuestión podría, sin embargo, discutirse en este caso. En efecto, si lo que se protege en los artículos 1.406 y 1.407 no es un interés puro y exclusivamente personal, sino que dicha protección se otorga, según se ha defendido (107), en base a un interés familiar superior, parece que el problema no es aquí fácil de resolver, ante la apelación al «interés de la familia» que también hace el artículo 1.056,2 del Código civil. Habría que ver en cada supuesto concreto cómo se respeta mejor ese interés familiar superior, siendo los Tribunales los encargados de dirimir el carácter de las determinadas actuaciones de los esposos (108).

Fuera de este caso, parece clara la preferencia del régimen establecido en los artículos 1.406 y 1.407 que, a lo más, y respetando los límites del artículo 1.379, podrán conducir a que se entienda legado el valor que la cosa tuviera al tiempo del fallecimiento. La cuestión es, si cabe, más clara si tenemos en cuenta que el derecho sobre los bienes que enumera el artículo 1.406 puede no ser utilizado por el cónyuge o que, incluso pudiéndolo ejercitar sobre varios de ellos, elija solamente alguno o algunos de esos bienes y deje otros (109). En

---

(105) Cfr. RAMS, *op. cit.*, p. 1.034, y FONSECA, *op. cit.*, pp. 34 y ss. Sin embargo, para el primero de estos autores, cuando la designación testamentaria recae sobre una cosa no atribuible, según él debe estarse a lo dispuesto en el testamento, que obliga pues a los herederos a modo de carga, cuestión con la que no estamos de acuerdo.

(106) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 196.

(107) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pp. 15 y 198-99.

(108) Cfr. GÓMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, cit., p. 636, y DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico... cit.*, pp. 51 y ss.

(109) Sobre esta posibilidad, cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 174. La cuestión plantea la problemática de que por esta vía se agote el caudal partible, dada la restricción que parece imponer el segundo inciso del art. 1.407 en cuanto al abono de la diferencia en metálico.

Sobre esto, ver las diversas soluciones planteadas por GARRIDO DE PALMA y otros,

dicho caso, de caer éstos en el lote del testador, no habría problema para el cumplimiento *in natura* de tal disposición testamentaria.

##### 5. *Disposición testamentaria de bienes comprendidos en el artículo 1.321 del Código civil*

Según hemos visto, a través de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil, a pesar de romperse la igualdad cualitativa de los lotes en la división de la masa común, se respeta siempre la igualdad desde el punto de vista cuantitativo. Hay, sin embargo, un caso previsto en el Código civil en que ni siquiera se respeta esta igualdad cuantitativa. Nos estamos refiriendo al supuesto regulado en el artículo 1.321, según el cual, a la muerte de uno de los cónyuges, las ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, se entregan al que sobreviva, sin computárselo en su haber (110).

Dicho precepto, incorporado también a nuestro Código civil, como los anteriores, a través de la reforma operada por Ley de 13 de mayo de 1981, recoge en cierta manera la fórmula que aparecía en el antiguo artículo 1.420 del Código civil, conforme al cual no se incluían en el inventario ciertos bienes concretos que se entregaban al cónyuge superviviente (111). No obstante, el actual artículo 1.321 presenta notables diferencias, aparte del respetable cambio de enfoque que supone incluir en el n.º 7 del artículo 1.346 del Código civil como bienes privativos «las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor».

El régimen legal del artículo 1.321 es diferente del que el Código establece en los artículos 1.406 y 1.407. Y esta diferencia de régimen es la que nos va a permitir extraer unas conclusiones diferentes a las anteriormente mantenidas, cuando la disposición testamentaria recaiga sobre alguno de los bienes a que se refiere el artículo 1.321.

---

*op. cit.*, pp. 181 y ss.; RAMS ALBESA, *op. cit.*, pp. 1.011 y ss.; REAL PÉREZ, *Intangibilidad...*, cit., pp. 146-47, y *Usufructo...*, cit., pp. 510-11.

(110) Sobre los precedentes del mismo, vid. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVIII-1.º, 2.ª ed. 1982, p. 134, nota b.

Un supuesto similar se encuentra regulado en el art. 57 de la Compilación aragonesa, y ha sido introducido *ex novo* en el ap. 2.º de la Ley 90 de la Compilación navarra, conforme a la redacción dada al mismo por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

(111) Según el art. 1.420 del Código civil en su antigua redacción: «no se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva».

Dentro de la regulación de la dote, la misma solución aparecía en cuanto a esos mismos bienes en el art. 1.374. Por lo que respecta a los vestidos de luto para la viuda, idéntica solución aparecía en el art. 1.427 (y correlativamente en el art. 1.379 dentro del capítulo dedicado a la dote).

Ciertamente la importancia de estos bienes es mucho menor, por cuanto el segundo párrafo de dicho precepto establece que «no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» (112). Sin embargo, para el caso de que una disposición *mortis causa* recaiga sobre los mismos, es necesario que nos cuestionemos su validez y, de aceptar ésta, si entra dentro de la previsión que establece el artículo 1.380 del Código civil.

Primeramente debemos destacar las diferencias existentes entre el artículo 1.321 y los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil. En cuanto a la posibilidad de aplicación de uno y otros preceptos, parece claro que, ubicado el 1.321 dentro del capítulo dedicado al régimen económico matrimonial primario, será aplicable por tanto a cualquier régimen matrimonial. Por el contrario, las previsiones del artículo 1.406 se refieren sólo al régimen legal de gananciales (113). No obstante esto, constituida la sociedad de gananciales, parece que los bienes a los que se refiere el artículo 1.321 tendrán, por regla general, carácter común si no entran dentro del campo de aplicación del artículo 1.346, núm. 7, ni del 1.406 del Código civil.

Por otro lado, el artículo 1.321 sólo se aplicaría a los casos de disolución *mortis causa* de la sociedad de gananciales, y no así el 1.406, en el que entrarían todos los casos de disolución previstos en los artículos 1.392 y 1.393 del Código civil, si exceptuamos el supuesto regulado en el núm. 4 de aquel artículo, aplicable únicamente a la disolución por causa de muerte (114).

Con la misma excepción del núm. 4, parece claro que en el caso del artículo 1.406 existe entre los bienes y el cónyuge atributario un vínculo de unión personal que no se da respecto al otro cónyuge.

---

(112) Es notable el esfuerzo de la doctrina por interpretar lo que deba entenderse por «extraordinario valor», si bien se refiere en general al art. 1.346, núm. 7, en contraposición al 1.406, 1.º Así, mientras que para unos son de extraordinario valor los bienes que excedan de la adquisición corriente de objetos necesarios para la subsistencia conforme al contenido de la obligación legal de alimentos (cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina...*, cit., p. 1967, y *Régimen económico...*, cit., p. 354), para otros la valoración ha de hacerse atendiendo el nivel económico y social de cada familia (en este sentido, GARCÍA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil...*, cit., V-1.º, 1983, p. 475; LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, p. 412; MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho...*, cit., II, p. 331; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil...*, cit., XVIII-2.º, p. 105; GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, pp. 27-8).

De aceptar esta segunda postura, proyectada sobre el art. 1.321, tendríamos que podría ampliarse bastante el campo de los objetos a que este precepto se refiere.

(113) Cfr. FONSECA, *op. cit.*, p. 17; GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 159, nota 298; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-1.º, p. 138.

(114) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 160, nota 298; FONSECA, *op. cit.*, p. 17; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVII-1.º, pp. 135-36; O'CALLAGHAN, *Compendio...*, cit., IV, p. 68; J. M. CABRERA HERNÁNDEZ, «Algunas notas sobre los nuevos artículos 1.315 a 1.324 del Código civil», *R.G.L.J.*, 1982, p. 145.

Por su lado ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 158, entiende que el art. 1.321 se aplica también a los casos de declaración de fallecimiento.

Tal vinculación, en los bienes a que se refiere el artículo 1.321, se da por igual respecto a ambos cónyuges (115).

Además de esto, es necesario resaltar que, en el caso del artículo 1.321, los bienes se adquieren por el cónyuge supérstite siempre por ministerio de la ley (116). Por el contrario, en el caso de los artículos 1.406 y 1.407 se necesita una expresa declaración de voluntad del cónyuge titular del derecho de atribución preferente (117).

Finalmente, conviene destacar que los bienes a que se refiere el artículo 1.321, según el tenor del mismo, no se computan en el haber del cónyuge sobreviviente, mientras que ello no sucede —tal y como hemos visto— en el caso de los artículos 1.406 y 1.407, en los que, en caso de que la atribución preferente exceda del haber correspondiente al adjudicatario, se procede al abono de las diferencias en metálico (118).

Parece necesario centrarse en esta última consideración que marca —a nuestro juicio— la diferencia de regímenes entre uno y otro supuesto a los efectos de que se disponga *mortis causa* de esos bienes cuando tengan naturaleza ganancial. En este sentido, se ha defendido por algunos autores que lo que el artículo 1.321 establece es una *mortis causa capio* (119), una atribución *ex lege* de bienes que se entregan al cónyuge sobreviviente por interversión del título posesorio y previa a la formación del inventario (120).

(115) Cfr. FONSECA, *op. cit.*, p. 17. Por otro lado, en cuanto a la extensión de ambos preceptos, parece claro que en el caso del art. 1.321 éste es mucho más restringido, referido sólo a los bienes que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común.

Además de ello, como recuerdan GARRIDO DE PALMA y otros, *loc. y nota últ. cit.*, «es necesario resaltar que el art. 1.321 solamente se refiere a la vivienda habitual común de los esposos, sin prejuzgar en absoluto la cuestión acerca de otros ajuares, como el profesional, el personal, o el de otras viviendas que no sean habituales». En sentido parecido, ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 159; y Díez-PICAZO, *Comentario a las reformas...*, cit., II, p. 1.508.

(116) Cfr. Díez-PICAZO, *op. últ. cit.*, p. 1.507; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-1.º, p. 137.

(117) Cfr. FONSECA, *op. cit.*, p. 17.

(118) En este sentido GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 160, nota 298. En cuanto al abono del exceso de la diferencia en metálico, el problema está en los números 1.º y 2.º del art. 1.406, dado el carácter restrictivo que impone, como vimos, el inciso segundo del art. 1.407. En opinión de estos autores, *op. cit.*, p. 185, nota 351, y REAL PÉREZ, *Intangibilidad...*, cit., p. 146. y *Usufructo...*, cit., p. 510, la cuestión podría salvarse admitiendo en estos casos los suplementos en metálico, no como regla ordinaria, sino únicamente cuando razones objetivas lo aconsejen.

O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 169, admite sin más y en todo caso la posibilidad de compensar las diferencias en metálico.

De cualquier forma, queda claro que, sea cual sea la postura a seguir, las atribuciones preferentes de bienes se computan en el haber correspondiente al cónyuge tras la liquidación de la sociedad de gananciales, al contrario de lo que ocurre con el derecho de preteracción del art. 1.321 del Código civil.

(119) Así, CABRERA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 145. Vid. también LACRUZ y SANCHEO, *Elementos...*, cit., V, 2.ª ed. 1988, p. 575, en que lo admiten sólo en cierto modo, con las matizaciones que hacen en *Elementos...*, cit., IV, pp. 492-3.

(120) En este sentido, configurándolo también como una *mortis causa capio*, DE

Otros autores niegan, en cambio, esta configuración como legado legal del derecho contemplado en el artículo 1.321 del Código civil, defendiendo que estamos ante una operación particional que no afecta al haber del adjudicatario «una atribución legal de elementos patrimoniales que de otro modo serían partibles, porque son normalmente gananciales, que debe materializarse en la partición, pero como expresión de un derecho anterior, como don de supervivencia instituido por la ley» (121); o también, como se ha dicho, «una especialidad en la liquidación de la sociedad conyugal (...) referida exclusivamente al ajuar de la vivienda habitual común de los esposos» (122).

En definitiva, el régimen del artículo 1.321 del Código civil es independiente de la liquidación y división ordinarias de la sociedad de gananciales. Su especialidad consiste en que dentro de las operaciones particionales, y como consecuencia de un derecho anterior, se detraen ciertos bienes que se entregan directamente al supérstite, y que además no se le computan en su haber, con lo cual no se comprenden dentro de la mitad a la que alude el artículo 1.404 del Código civil.

La cuestión es independiente de que el cónyuge sea o no sucesor del difunto. Por otro lado, en nada influye para la aplicación de este régimen el hecho de que los bienes sean en todo o en parte del cónyuge premuerto o gananciales, ya que en ambos casos se entregan al sobreviviente sin que se le cuenten como pago de su porción en los gananciales, ni mucho menos como parte de la herencia que pueda corresponderle de su cónyuge difunto. Esto se ve más claro en el caso inverso, es decir, aquel en que los bienes constitutivos del ajuar sean propiedad del cónyuge sobreviviente. Aquí no habría nece-

---

LOS MOZOS, *Comentarios...*, cit., XVIII-2.º, p. 499, aunque añade que ello no quita para que goce de preferencia en relación con las deudas comunes. Y con matizaciones, DíEZ-PICAZO, *Comentarios...*, cit., pp. 1507-8; y E. MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p. 430.

(121) Cfr. RAMS ALBESA, *op. cit.*, pp. 941-2. En este sentido parecido, E. GARRIDO CERDA, «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *R.D.N.*, núm. 115, 1982, p. 109; y ALBALADEJO, *Curso...*, cit., p. 157. Según éste «el precepto, que creo imperativo (...), concede, sólo "para caso de muerte del otro", al sobreviviente, el derecho, no hereditario, sino "económico-matrimonial", a que, si no era suyo, le sea entregado "en propiedad gratuitamente"» (el subrayado es nuestro).

(122) Cfr. GARRIDO DE PALMA y otros, *op. cit.*, p. 159, nota 298. En sentido parecido, LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., IV, pp. 492-3: «la detacción de aventuras constituye una operación de la liquidación, y no confiere al cónyuge sobreviviente derecho alguno a ser preferido a los acreedores de la comunidad. Pero se trata de una operación propiamente particional: lo que recibe el sobreviviente no representa ninguna porción del haber partible: no se cuenta, por ejemplo, a efectos del cálculo de la lesión, ni podrá el cónyuge atributivo pedir saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos».

En contra, para J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia, I, Matrimonio y Régimen económico*, Civitas, Madrid, 1988, p. 279, los bienes a que se refiere el art. 1.321 se tienen que computar para fijar la legítima de los herederos forzosos.

sidad de atribuírselos, ni por supuesto tendría derecho a nada en su lugar (123).

Por tanto, y a lo que nos interesa, en el caso de que los bienes a que hace referencia el artículo 1.321 del Código civil sean gananciales, parece que cualquier disposición testamentaria recayente sobre los mismos debe ser ineficaz (124). No entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.379 porque ya hemos dicho que no se comprenden dentro de la mitad a que alude este artículo y el 1.404 del Código civil. Por otro lado, y con mayor razón, tampoco les será de aplicación el artículo 1.380. Este contempla la posibilidad de que los bienes de que se dispone caigan, tras la liquidación y división del haber común, en el lote del testador o en el del otro cónyuge, posibilidad que no se puede dar nunca en el caso del artículo 1.321, porque los bienes pasan directamente y siempre al sobreviviente, y ni siquiera se computan en su haber.

Parece claro, pues, que a la disposición *mortis causa* de bienes gananciales sujetos al artículo 1.321 no se aplica ni siquiera el último inciso del artículo 1.380, en el sentido de considerar legado el valor de los mismos al tiempo del fallecimiento, ya que esta solución está prevista para el caso de que los bienes se adjudiquen en el lote del cónyuge supérstite, cosa que no sucede en el caso del artículo 1.321, en el que la entrega de los mismo se hace independientemente de las operaciones a que se refieren los artículos 1.399 y ss. del Código civil.

#### IV. PARTICION HECHA POR EL TESTADOR EN LA QUE SE INCLUYEN BIENES GANANCIALES

Es tradicional en nuestra jurisprudencia la doctrina según la cual la partición hecha por el testador al amparo del artículo 1.056 del

---

(123) En este sentido, ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, p. 159.

No obstante, según el art. 15 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, a efectos fiscales: «El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará conforme a las reglas establecidas para el Impuesto sobre el Patrimonio Neto, a menos que se pruebe fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulta de la aplicación de las mismas».

El precepto en cuestión se muestra en franca contradicción con lo previsto en el art. 1.321 del Código civil. Sobre esto, vid. J. ARIAS VELASCO y L. RODRÍGUEZ ROJO, *Manual del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, Barcelona, 1988, p. 45; B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988, p. 48; J. L. MARTÍN MORENO, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Formularios)*, Comares, Granada, 1988, pp. 51-2

(124) Sería igualmente ineficaz aunque tales bienes fueron propiedad del cónyuge disponente. En este sentido, según DÍEZ-PICAZO, *Comentarios...*, cit., p. 1508; y MANSIDE MIRANDA, *op. cit.*, p. 430, cualquier disposición testamentaria que al respecto se realice es nula.

Código civil no puede incluir bienes gananciales (125). El párrafo 1.º de dicho artículo habla de partir «sus bienes», con lo que parece referirse sólo a aquellos que sean propiedad exclusiva del testador, quedando excluidos por tanto los bienes gananciales, que no son privativos de ninguno de los cónyuges.

Como se afirma en la Resolución de la D.G.R.N. de 13 de octubre de 1916, «si bien conforme a los términos del artículo 1.056 del Código civil, cuando el testador hiciese por acto entre vivos o por última voluntad la partición *de sus bienes*, se pasará por ella en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, es necesario, para dar efectividad a tales disposiciones, que los bienes distribuidos sean propios del causante; es decir, estén en su disponibilidad, pues de otro modo, las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio, se harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados a los suyos» (126).

Ante este problema, la doctrina, tras negar la posibilidad de incluir en la partición bienes comunes, generalmente acudía a la solución de la partición conjunta o al acuerdo entre ambos cónyuges sobre la futura liquidación y división del caudal común (127). El problema estaba en que podía no haber lugar a tal acuerdo o que, incluso existiendo éste, no pudiera ser llevado a término en la manera prevista, por los diferentes avatares que, en las operaciones liquidatorias y divisorias, sufriesen los bienes de la sociedad conyugal.

De esta manera, los resultados de la partición realizada por el testador al amparo del artículo 1.056 podían quedar frustrados si, tras la liquidación y división del patrimonio común, los bienes comprendidos en aquélla no eran adjudicados a su lote. Además de esto, de adjudicársele otros bienes gananciales diferentes, tendríamos que la partición total que pretendió hacer el testador será en la práctica una partición parcial, perfectamente admitida por la doctrina (128),

---

(125) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 12 diciembre 1959 (*R.J.A.* 4499), 20 mayo 1965 (*R.J.A.* 2602), 25 noviembre 1966 (*R.J.A.* 5548), 17 mayo 1974 (*R.J.A.* 2068), 3 marzo 1980 (*R.J.A.* 1016), 5 junio 1985 (*R.J.A.* 3095), 7 diciembre 1988 (*R.J.A.* 9301).

(126) Cfr. *J. R.*, IV, p. 1319.

(127) Cfr. DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., pp. 529 y ss., y ampliamente, 544 y ss.; DE DIEGO, *Dictámenes...*, cit., III, pp. 615 y ss.; DE LOS MOZOS, «La partición de herencia por el propio testador», *R.D.N.*, núm. 27, 1960, pp. 213 y ss.; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «La partición hecha por el testador», *R.D.N.*, núm. 68, 1970, p. 226; F. PUIG PENA, *Compendio de Derecho civil español*, VI, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 57; LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., V, pp. 181-182; ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, p. 135, ORTÍ, *op. cit.*, pp. 675 y ss.

(128) Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., VI, vol. 3.º, p. 1992; ROCA SASTRE, «Partición de herencia por actos *inter vivos*», en *Estudios de Derecho Privado*, cit., II, p. 380; DE LOS MOZOS, *op. últ. cit.*, pp. 215-6; RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. últ. cit.*, p. 230; DE LA CÁMARA, *op. últ. cit.*, p. 539, nota 112.

Vid. asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 6 marzo 1945 (*R.J.A.* 272) en que se establece claramente esta posibilidad.

pero que no evitará el nacimiento de la comunidad hereditaria sobre esos otros bienes, contra la presumible intención del testador.

La problemática es grave dada la frecuencia del régimen legal de gananciales que es el supletorio en nuestro Derecho (artículo 1.316 del Código civil), resultando, según se ha dicho «jurídicamente imposible que ninguno de los esposos pueda hacer uso separado del artículo 1.056 durante la comunidad conyugal en cuanto a los bienes conсорsiales» (129). Para algún autor, incluso, tal posibilidad sería incompatible con los artículos 669 y 670 del Código civil, y haría inaplicable el artículo 1.068 del Código civil (130).

Sin embargo, ya antes de la reforma de 1981 había sido aceptada por un sector doctrinal la validez de estos actos sobre bienes gananciales. Para unos autores tenían sólo un carácter eventual e incierto, y sólo lograban plena efectividad si el cónyuge viudo los confirmaba (131).

Según otros, la partición testamentaria en la que se incluían bienes gananciales debía contemplarse con un criterio análogo al del legado, teniendo en cuenta la condición de sucesor universal del heredero y el debido respeto a las cuotas hereditarias si éstas habían sido fijadas por el testador (132).

Para otros, en cambio, partiendo del antiguo artículo 1.414 del Código civil, no había ningún inconveniente legal en que el testador dispusiera *mortis causa* de los bienes gananciales que le correspondiesen a la fecha de la liquidación. Tal disposición no sólo podía hacerse de modo genérico o global, sino también de manera específica y determinada, señalando por medio de las correspondientes hijuelas los bienes que debían adjudicarse a los herederos. No obstante, el testador debía prevenir la adjudicación de los bienes en el otro lote y ordenar para esta hipótesis que el crédito que tenía sobre esos bienes fuera pagado al heredero con otros bienes de la sucesión o metálico, utilizando el párrafo 2.º del artículo 1.056 (133).

Finalmente, para algún autor, aceptando que la partición de los bienes gananciales está supeditada a que, en la liquidación y división del patrimonio común, aquéllos sean adjudicados en el lote del testador, se debían diferenciar los supuestos de partición con fijación de

(129) Cfr. SANCHO REBULLIDA, «Partición de herencia», en *Estudios de Derecho civil*, I, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 522.

(130) Cfr. R. REINO CAAMAÑO, «El artículo 1.056 del Código civil», en *Foro Gallego*, 1950, pp. 29 y ss. Aparte de ello, no se correspondería bien —según dice— con el ejercicio de la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 del Código civil.

(131) Cfr. PUIG PEÑA, *op. cit.* y *vol. últ. cit.*, p. 57.

(132) Cfr. LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ-ALBALADEJO, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 544.

(133) Cfr. GÓMEZ MORÁN, «Testamento-partición», *R.C.D.I.*, XXII, 1949, pp. 611 y ss.

cuotas de aquellos otros en que el testador, sin esa previa fijación, repartía la herencia por vía de adjudicaciones concretas.

En el primer caso, dado que del testamento resulta la proporción en que el testador ha querido repartir su herencia entre los herederos, y en aplicación de los principios que se desprenden de la regulación de los supuestos de lesión y evicción, si los bienes asignados no son adquiridos por el adjudicatario, en vez de proclamar la total ineficacia de la partición «procederá conceder a éste una indemnización previo el reajuste del valor de las cuotas de acuerdo con el resultado definitivo que arroje la liquidación de la sociedad conyugal. La indemnización habrá de hacerse efectiva en dinero, proporcionalmente por los demás herederos, que es la solución legal para el caso de evicción» (134).

Por el contrario, en el segundo caso no puede decirse que las adjudicaciones hechas por el testador sean un medio para cubrir una cuota previamente determinada, ya que falta esa fijación previa de las cuotas. Aquí, pues, no puede mantenerse la misma solución y entender que la voluntad del testador habría sido la de otorgar una indemnización al perjudicado, a cargo de los demás herederos, ya que éstos no han recibido más que lo que el testador les ha asignado. Por tanto se debe sostener que el adjudicatario de un bien ganancial que no haya correspondido al lote del testador nada podrá reclamar de los demás herederos; aunque si en el lote del causante entran otros bienes comunes diferentes, no adjudicados especialmente a otros, podrá acreditar derecho a tales bienes, con el límite de lo que valían los que a él se adjudicaron (135).

La cuestión ha quedado para nosotros más clara tras la reforma y, en este sentido, deben ponerse en relación los nuevos artículos 1.379 y 1.380 del Código civil con el artículo 1.056 del mismo cuerpo legal. Los artículos 1.379 y 1.380, como dijimos, no establecen distinción alguna. Se refieren a *disposiciones testamentarias* y caben, por consiguiente, tanto las hechas a título de herencia como de legado. Nada impide, a nuestro entender, que el testador incluya en la partición de sus bienes, al amparo del artículo 1.056, bienes gananciales concretos. Lo que ocurre es que en este caso dicha disposición estará supeditada a los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales y, desde luego, debe respetar el límite cuantitativo que establece el artículo 1.379 del Código civil (136).

---

(134) Cfr. DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., pp. 532 y ss. La frase entrecuillada pertenece a la p. 538.

(135) Cfr. DE LA CÁMARA, *op. ult. cit.*, pp. 539 y ss.

(136) Cuestión distinta es que el testador, previendo una posible extralimitación en este sentido, ordene que la disposición en cuanto al exceso valga como legado de cosa ajena.

La cuestión se planteó antes de la reforma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 marzo 1980 (*R.J.A.* 1016), en que la testadora realiza la partición de la herencia

No obstante, la especialidad que plantea el artículo 1.056 del Código civil estriba precisamente en que, a través del mismo, el testador quiere evitar *ab initio* la existencia de comunidad hereditaria. Por tanto, admitir que cabe incluir en la partición bienes gananciales supone, como se ha dicho, que la partición será siempre parcial, y así, tras la liquidación y división del haber común «ofrecería una ventaja práctica digna de atención: el poder compensarse, con los bienes que correspondieran al causante en la liquidación de la sociedad conyugal, los defectos de la partición hecha por él —impugnable por lesión conforme al artículo 1.075 del Código civil—, respecto de las cuotas por él mismo señaladas en el testamento» (137).

La cuestión es importante. Cuando el testador utiliza el artículo 1.056, el efectivo cumplimiento de la partición, en cuanto a los bienes gananciales se refiere, está supeditado a que éstos sean adjudicados en su lote tras la liquidación y división del haber conyugal. De esta manera, es aconsejable que el testador prevea la posibilidad contraria, y arbitre de algún modo la suerte que deben correr tales disposiciones. Lo que desde luego no parece viable es entender aplicable aquí la solución que contempla el segundo inciso del artículo 1.380. Si los bienes gananciales no son adjudicados en el lote del testador tendríamos un legado o varios por el valor que tenían los mismos y, además, otros bienes gananciales que han venido a sustituir a aquéllos, lo que no parece que pueda haber sido querido por el testador (138).

---

incluyendo sus bienes propios, los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales todavía no liquidada y los bienes de su cónyuge premuerto, ordenando que, en cuanto a los bienes que no son suyos, valga la disposición en favor de los herederos como legado de cosa ajena.

El Tribunal Supremo, sin embargo, declaró nula la partición sobre la base de que «la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquellos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley suponiendo una verdadera coacción para los herederos, y la partición así efetuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.414, según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían procediendo en consecuencia la estimación del motivo y asimismo la del primero en que se denuncia la violación del 1.414 y otras reglas legales».

Habría que ver si el criterio del Tribunal Supremo hubiera sido el mismo en el caso de que la testadora se hubiera limitado a partir sus bienes propios y los pertenecientes a su parte de gananciales, sin extenderse a los bienes de su cónyuge premuerto.

(137) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Partición de herencia*, cit., p. 524.

(138) Imaginemos, simplificando mucho las cosas, que el testador tiene un bien privativo por valor de 10 y, dentro del patrimonio ganancial, existen dos bienes por valor de 10 cada uno. Instituye herederos a sus dos hijos, adjudicando a X el bien privativo y a Y uno de los bienes gananciales. En la liquidación de la sociedad conyugal se adjudica en el lote del testador el bien del que no dispuso, por lo que, aplicando literalmente el art. 1.380 del Código civil, la herencia estaría constituida por el bien privativo, uno de los gananciales y un legado por el valor del bien que se adjudica en el lote del cónyuge sobreviviente.

Podría defenderse la validez de los legados, previo reajuste del valor de las cuotas en cuanto a los bienes gananciales de que no dispuso el testador y que se adjudican en su haber; pero, en definitiva, si la solución del artículo 1.380 del Código civil se fundamenta en la presumible intención del causante, parece que se debe prescindir del mismo cuando el testador así lo declare, expresamente, o de una manera tácita, como sucede en el caso del artículo 1.056. Con arreglo a éste, el testador ha querido realizar una partición completa de su patrimonio, con lo que no es lógico pensar que la herencia se puede incrementar con los legados de valor, producto de los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que los bienes comunes de que no dispuso, pero que se le adjudican en su lote, no están incluidos en la partición y pertenecen a todos los herederos *pro indiviso*.

En este orden de cosas, podría ser aconsejable que el cónyuge disponente previera esta circunstancia en el testamento y, ante el evento de que los bienes comunes que distribuye no caigan en su haber, ordene que sean sustituidos por los demás que vengan a reemplazar a aquéllos. Incluso, ante la falta de una voluntad expresa en tal sentido, podría mantenerse que, para este caso, la voluntad del testador habría sido la de completar o llenar el lote del adjudicatario de bienes gananciales, que no cayeron en su lote tras la liquidación, con los otros bienes asignados a su porción, que no habrán sido atribuidos expresamente a nadie.

Así, no hay duda de que se respetaría mejor la partición tal como ha sido prevista en el testamento. Ello no obstante, esta solución parece más fácil de mantener en el caso de que el testador haya fijado previamente las cuotas en que van a heredar los coherederos, que en el de reparto directo por vía de asignaciones concretas. En este último parece más difícil presumir una voluntad del testador en el sentido de sustituir en la partición un bien por otro, ya que precisamente la asignación se hace como medida de la institución. De cualquier forma, el testador debe saber que la disposición de los bienes gananciales está sujeta a los resultados de la liquidación y división del haber conyugal y no es, por tanto, ilógico suponer que en estos casos habría querido asignar al heredero los bienes que han venido a caer en su lote, en sustitución de aquellos de los que dispuso. La cuestión, como veremos, guarda su importancia cuando el beneficiario de la institución es un heredero forzoso.

En cualquier caso, la solución propuesta siempre tendrá más ventajas que la de considerar inaplicable el artículo 1.056 a los bienes gananciales. Siguiendo este criterio, el testador sólo podrá utilizar el mismo en cuanto a los bienes privativos, por lo que siempre surgirá comunidad hereditaria respecto a la cuota que le pertenezca en los gananciales tras la liquidación. Si, a través del artículo 1.056, se pretende evitar la situación de *pro indiviso*, difícilmente va a tener aplicación práctica dicho precepto.

Además de ello, no resulta lógico admitir la posibilidad de disponer de los bienes gananciales a título de legado, y negarla cuando se dispone a título de herencia a través del artículo 1.056. Cuando éste utiliza la expresión «sus bienes», debe entenderse referida, no a los privativos, sino a todos aquellos que compongan su herencia. En este sentido, no hay problema para incluir la parte de los bienes de la sociedad conyugal que pertenezca al difunto. Como afirma Albaladejo, «mientras que esta sociedad no se haya liquidado, en la comunidad hereditaria sólo está comprendida la cuota ideal que al difunto perteneciese en aquélla. Practicada la liquidación, son los bienes concretos que se adjudican en pago de la misma los que pasan a formar parte de la comunidad hereditaria» (139).

En el Derecho francés, donde también se ha planteado la cuestión, la Corte de Casación ha declarado la nulidad del *testament-partage* en el que uno de los padres dispone de un bien común en favor de uno de sus hijos, precisamente por pertenecer el bien a la sociedad conyugal (140). Sin embargo, la doctrina, a partir sobre todo de las reformas operadas por la Ley de 7 de febrero de 1938 y el Decreto-Ley de 17 de junio de 1938, se ha mostrado favorable a aplicar a la denominada *partage d'ascendant* la misma solución que el artículo 1.423 del Code establece para los legados (141).

En definitiva, no creemos que exista ningún obstáculo para permitir al testador incluir en la partición bienes gananciales. Ciertamente dicha disposición siempre tendrá como límite la participación que al causante corresponda en el patrimonio común, por lo que estará su-peditada a los resultados de la liquidación de la sociedad conyugal; pero, practicada ésta, ya nada impide que se cumplan las previsiones del testador. Por otro lado, aunque la liquidación y división de la sociedad de gananciales sea una operación previa y distinta de la partición de la herencia de uno de los cónyuges, en la práctica se suelen hacer juntas (142), lo que facilita bastante las cosas en cuanto a la solución que hemos defendido.

---

(139) Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, p. 126.

(140) Cfr. Sentencia Civ. de 28 enero 1953 (*J.C.P.*, ed. N., 1954, II, 8129, con nota de VOIRIN). La sentencia casa una decisión de la Cour d'Angers, que había dado validez a tal disposición con base sobre todo en el criterio amplio establecido en las reformas de 1938 en cuanto a las compensaciones en valor entre los lotes.

(141) Cfr. los comentarios a la sentencia precitada de R. SAVATIER, en *R.T.D.C.*, LI, 1953, pp. 565 y ss.; y *R.T.D.C.*, LII, 1954, pp. 523 y ss.; y ampliamente, L. LIROSSIER, *Le partage des successions confondues*, LDGJ, Paris, 1963, pp. 132 y ss.

(142) Cfr. R. de 2 de febrero de 1960 (*J.R.*, IX, pp. 771-2).

## V. CONTENIDO DE LA LEGITIMA ANTE EL REGIMEN JURIDICO DE LOS ARTICULOS 1.379 Y 1.380 DEL CODIGO CIVIL

### 1. *Liquidación de la sociedad de gananciales y contenido cualitativo de la legítima*

Entre las cuestiones que afectan al contenido cualitativo de la legítima global, no hay duda que debe destacarse en primer lugar la liquidación y división de la sociedad de gananciales. Dentro de ella, como vimos, los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil posibilitan la atribución preferente de ciertos bienes gananciales en favor del cónyuge sobreviviente. Desde este punto de vista, parece claro que el ejercicio de tal derecho por el viudo va a influir en la configuración de los bienes que se atribuyan en el lote del testador, sobre los que se hará efectivo en su caso el derecho de los legitimarios.

Teniendo en cuenta esto, se ha afirmado que «la posible lesión de la intangibilidad cualitativa de la legítima depende de la decisión y de la opción del viudo» (143). La cuestión debe ser matizada. Parece claro que la opción del viudo determina la futura configuración de los lotes que se van a adjudicar tanto a él como al difunto, pero no creemos que por ello se pueda hablar de lesión a la legítima. Ni siquiera se puede argumentar en contra sobre la base de la remisión que el artículo 1.410 del Código civil hace a las reglas sobre partición y liquidación de la herencia, y entre ellas por tanto al artículo 1.061, que ordena configurar los lotes guardando en lo posible una igualdad cualitativa. La remisión del artículo 1.410 se hace para todo lo no previsto en el capítulo dedicado a la sociedad de gananciales, entre otras cosas, sobre división del caudal y adjudicaciones a los partícipes. Parece claro, pues, que el derecho de atribución preferente contenido en los artículos 1.406 y 1.407 forma parte del régimen general aplicable a la liquidación y división del haber común, como algo previo al modo de proceder para calcular la legítima.

Por otra parte, teniendo en cuenta que si los bienes atribuidos preferentemente al cónyuge viudo exceden de lo que le corresponde por gananciales, debe compensar a la otra parte en metálico, parece claro que éste formará parte del contenido material de su herencia, con lo que tampoco se puede considerar que se atente contra la legítima. El *relictum* a que se refiere el artículo 818 está formado por los bienes privativos del testador más lo que le corresponda tras la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque sea metálico a través de las compensaciones del artículo 1.407 del Código civil.

Lo que no parece posible es defender que los bienes a que se

---

(143) Cfr. REAL PÉREZ, *Intangibilidad...*, cit., p. 145; y *Usufructo...*, cit., p. 509.

refiere el artículo 1.321 del Código civil se computan para fijar la legítima de los herederos forzosos (144). Si estos bienes se entregan directamente al cónyuge supérstite sin computárselos en su haber, no tiene ningún sentido que integren la base de cálculo de la legítima, porque ni se pueden imputar a la porción correspondiente al viudo, ni sobre los mismos podrán recaer las acciones de reducción por inoficiosidad.

## 2. *Los legitimarios como destinatarios de una disposición «mortis causa» de bienes gananciales*

Si admitimos la posibilidad de que la disposición *mortis causa* de un bien ganancial se cumpla mediante el equivalente pecuario, se plantea el problema de que el posible beneficiario de dicha disposición sea un legitimario que, como tal, tiene en principio derecho a recibir su legítima en cuerpos hereditarios.

Antes de la reforma de 1981, desde luego, tal caso no podía considerarse uno de los excepcionales previstos en el Código de pago de la legítima en metálico extrahereditario. La cuestión, sin embargo, estaba en estrecha relación con la postura mantenida en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima.

En principio, parece claro que, para los defensores de la teoría de la legítima *pars hereditatis*, el legitimario podría rechazar tal legado en valor y reclamar bienes hereditarios para cubrir su legítima. Así, como afirma De la Cámara «si sostuviéramos con Ortega Pardo, que el heredero forzoso no pierde su condición de tal en el supuesto de legado en lugar de legítima, figura que no es, a su juicio, más que la expresión de acto particional realizado por el testador al amparo del artículo 1.056 del Código civil, podríamos concluir que en el caso que estamos examinando el acto particional ha quedado sin efecto, ostentando el legitimario, que sigue siendo heredero, derecho íntegro a su cuota legítima» (145).

Dentro de la teoría de la *pars bonorum* el problema sería menor, en el sentido de que en cuanto legado sería apto para cubrir la legítima, en virtud del artículo 815 del Código civil; pero seguiría existiendo el obstáculo del derecho del legitimario a recibir bienes de la herencia.

Conforme a la peculiar postura que defiende Roca Sastre, en cambio, pensamos que no existiría en principio problema, ya que admite

(144) En este sentido, ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso...*, cit., I, p. 279.

(145) Cfr. DE LA CÁMARA, *El legado...*, cit., p. 514, nota 89. Se refiere a la postura mantenida por G. ORTEGA PARDO, en *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»*, INEJ, Madrid, 1945; y «Heredero testamentario y heredero forzoso», *A.D.C.*, III, 1950, pp. 321 y ss.

el pago de la legítima incluso mediante un legado de crédito (146). Dentro de la compleja construcción de García Valdecasas, si bien no se plantea directamente el problema, pensamos que no habría lugar a preterición, que estaría excluida por el artículo 815 (referido a la cuota de valor o de legítima), pero sí a la delación forzosa de la cuota reservada (147), con lo cual el problema se reconduciría a determinar si ese legado es o no apto para cubrirla.

Partiendo de que la legítima da derecho a una cuota del activo líquido y que puede ser dejada por cualquier título, ya sea herencia, legado o donación (artículo 815 del Código civil), parece viable que el legitimario pueda aceptar ese legado de valor, renunciando así a la impugnación del testamento por inoficiosidad (148). Ahora bien, teniendo en cuenta que el heredero forzoso no recibe en este caso bienes de la herencia, parece que tal legado no es apto para cubrir la legítima y que por ello, el legitimario puede utilizar las acciones de inoficiosidad (149).

Las dudas se plantean en cuanto al tipo de acción a utilizar en este caso. Para García-Bernardo el supuesto que estamos examinando es de preterición (150). No pensamos, sin embargo, que exista aquí preterición, desde el momento en que no sólo no se omite a aquél en el testamento, sino que se le asigna algo en pago de su legítima que, no obstante, puede no considerarse apto para cubrir ésta.

Como afirma Vallet, «también equivale a reconocer la legítima otorgar a un legitimario un legado de cosa ajena o de metálico extra-hereditario. Si ese contenido no es apto para cubrir la legítima, no por eso deja el legitimario de haber sido, explícitamente aunque no literalmente, reconocido como tal; por lo cual no deja de valer ese reconocimiento implícito, aunque no valga la determinación de un contenido no apto para satisfacerla» (151).

---

(146) Cfr. R. M. ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la legítima», *R.D.P.*, XXVIII, 1944, p. 205.

(147) Cfr. G. GARCÍA VALDECASAS, «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», *R.D.P.*, XLVII, 1963, pp. 966 y ss.

(148) Así lo pretende VALLET, *Apuntes...*, cit., pp. 281-2, para el caso de que el testador asigne al legitimario en pago de su legítima una cosa ajena o alguna cosa genérica que no exista en la herencia, interpretando analógicamente el núm. 3 del art. 820 del Código civil.

(149) En este sentido, A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964, p. 114. Más adelante, en p. 140, define la inoficiosidad como la «situación jurídica viciosa que surge en el momento de la muerte del causante, cuando los actos dispositivos y gratuitos de éste contravienen las normas reguladoras de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima».

(150) Cfr. GARCÍA-BERNARDO, *op. cit.*, p. 121. En el mismo sentido, del mismo autor, «Preterición formal y material y nulidad de la institución», *A.D.C.*, XXII, 1969, pp. 347 y ss., si bien aquí lo incluye dentro de los supuestos discutidos de preterición.

(151) Cfr. VALLET, «Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes», *A.D.C.*, XXIII, 1970, p. 13, nota 4. En el mismo sentido, con otros argumentos, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, cit., II, pp. 181 y ss. Indirectamente parece adoptar la misma solución, ALBALADEJO, «Para una interpretación del artículo 814-1.º del Código civil», *R.D.P.*, LI, 1967, p. 1039.

El supuesto, desde luego, tampoco encaja dentro del artículo 815, referido sólo a los casos en que se reciba menos de lo que por legítima corresponde; y mucho menos puede mantenerse que se trate de un supuesto de desheredación injusta (152).

Ante la falta de una solución directa en el Código civil para estos casos, nos inclinamos por considerar, siguiendo a De la Cámara, que la solución debe venir a través del artículo 806 del Código civil. En este sentido, y «puesto que la Ley reserva a favor de los legitimarios una cuota del patrimonio hereditario líquido, está claro que debe asistirles el derecho de reclamarla. No *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada y no deferida legalmente, pero sí cuando no reciban los bienes con que el testador pretendió sustituirla» (153).

En definitiva, como afirma Lacruz, la solución más razonable en estos casos es la de conceder al legitimario la elección entre lo que le ha atribuido el testador y su derecho de legítima, impugnando el testamento en este último caso, aunque sin poder recibir además las atribuciones testamentarias que infringían cualitativamente dicha legítima (154).

No obstante esto, parece que, incluso antes de la incorporación al Código civil de los nuevos artículos 1.379 y 1.380, podía plantearse hasta qué punto la asignación de metálico no hereditario en favor de un heredero forzoso, provocada por una disposición *mortis causa* de un bien ganancial, era o no apta cualitativamente para pagar la legítima, siendo como es la liquidación y división de la sociedad de gananciales anterior a la partición de la herencia.

La cuestión ha quedado más clara tras la reforma de 1981. En principio el legitimario sigue teniendo derecho a recibir su legítima *ipsa substantia patris*. Pero a las excepciones a esta regla contenidas en los artículos 821, 829 y 1.056,2 hay que añadir ahora la de los artículos 841 a 847 del Código civil. Con ellos, aunque se pueda seguir defendiendo el carácter excepcional del pago en metálico de la legítima, no hay duda de que dicha posibilidad se ha ampliado consi-

---

(152) Sobre esto último, cfr. DE LA CÁMARA, *Estudio...*, cit., pp. 805-6; LACRUZ y SANCHO, *op. y loc. últ. cit.*; y VALLET, *op. y loc. últ. cit.*

(153) Cfr. DE LA CÁMARA, *Estudio...*, cit., p. 802 y ss.

(154) Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., V, p. 521. En parecido sentido, siguiendo el mismo criterio que aplica el art. 820,3.º del Código civil, VALLET, *Apuntes...*, cit., pp. 281-2, y *Contenido cualitativo...*, cit., pp. 10 y ss., nota 4. Vid. asimismo DE LA CÁMARA, *Estudio...*, cit., p. 777, nota 110, y p. 807, nota 150; ALBALADEJO, *Curso...*, cit., V, pp. 382-3; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-3.º, Bosch, Barcelona, 1983, p. 26.

Tras la reforma, ORTÍ, *op. cit.*, pp. 712 y ss., sigue el criterio de LACRUZ cuando se trata de legado de cosa ganancial. Sin embargo, cuando la atribución se realiza por vía particional, entiende que la solución debe venir a través del art. 1.080 Cc., ya que la anomalía se produce en sede de partición.

A mi juicio la anomalía, de existir, se produce en sede de legítimas, por lo que lo adecuado es acudir al art. 806, tal como he defendido en *El pago en metálico...*, cit., pp. 36-37.

derablemente. El artículo 841 no exige como presupuesto objetivo para su aplicación el dato de la indivisibilidad o incómoda división de los bienes, sino que basta con una orden del testador en este sentido. De este dato se desprende que lo que verdaderamente le importa al legislador es que el legitimario reciba un valor referido a unos bienes de la herencia. Valor que podrá ser pagado con esos mismos bienes o con dinero extrahereditario, siempre que se respete la intangibilidad cualitativa global de la legítima, en el sentido de que al menos un legitimario debe quedarse con los bienes y pagar a los demás su porción correspondiente.

Teniendo en cuenta esta visión amplia del contenido de la legítima, y ante la aparición de un precepto concreto como el artículo 1.380, que permite considerar legado el valor del bien ganancial cuando, tras la liquidación de la sociedad, éste no se adjudica en el lote correspondiente al testador, pensamos que hay razones de peso que aconsejen la admisión de esta figura, incluso cuando el destinatario del valor sea un legitimario.

Por un lado, ni la redacción del artículo 1.379, ni la del 1.380 permiten entender que la solución por ellos prevista deba ser diferente en el caso de que existan herederos forzosos. La ubicación, por otra parte, de estos artículos dentro del Capítulo IV, del Título III, del Libro IV del Código civil, dedicado a la sociedad de gananciales, hace pensar también que la aplicación de los mismos constituye un *prius* a cualquier operación sucesoria, y que su función está dentro de las operaciones particionales de liquidación y división del haber común, previas a toda partición hereditaria.

Así pues, a nuestro juicio, si un legitimario es el beneficiario de una disposición testamentaria de un bien ganancial, que no es adjudicado a la herencia del testador, deberá conformarse con el metálico que sustituya a aquél, ya reciba además otros bienes hereditarios o solamente el legado de dinero. Si éste no cubre cuantitativamente su legítima, la acción a utilizar será la de complemento del artículo 815, y no la de reclamación de su cuota reservada en bienes hereditarios. La única excepción estaría en el caso de los bienes a que se refiere el artículo 1.321. El legitimario beneficiario de una disposición sobre los mismos, que es ineficaz, deberá reclamar su legítima vía artículo 806, sin que exista, como vimos, preterición, ni derecho a recibir dinero en sustitución de aquellos bienes.

La cuestión, si cabe, puede ser matizada en los supuestos de que el testador distribuya singularmente tanto sus bienes propios como los que puedan corresponderle tras la liquidación del haber conyugal, ya sea a través del artículo 891 del Código civil (distribución de toda la herencia en legados), o a través del artículo 1.056 (partición de la herencia por el propio testador). En estos casos, según decíamos, al haberse dispuesto de todos los bienes individualizados, de adjudicarse uno o varios de ellos al lote correspondiente al supérstite, el

espacio dejado por éstos será cubierto por otros bienes gananciales, que serán por tanto caudal no distribuido.

Si el testador distribuye toda la herencia en legados, estos otros bienes parece que serán considerados como remanente y deberán ser atribuidos, pues, a los herederos *ab intestato*. Anteriormente nos hemos preguntado si tendría el legitimario algún derecho sobre esos otros bienes gananciales que se han incluido en la herencia del testador, en sustitución de los que éste dispuso y fueron a parar al lote del supérstite. De hacer una interpretación estricta del derecho de los legitimarios a recibir su legítima en cuerpos hereditarios, tal vez podría responderse en sentido afirmativo. En todo caso, el resultado práctico en uno y otro supuesto sería parecido, ya que todos los legitimarios entrarían a formar parte de la comunidad hereditaria que recae sobre esos bienes como herederos *ab intestato* y la reducción operaría, en definitiva sobre esos mismos bienes.

Entiendo que, al hacer uso en este caso de las acciones protectoras de las legítimas, la reducción debe afectar en primer lugar a la institución de heredero, con lo que el legitimario perjudicado recibirá precisamente los mismos bienes que constituyen el remanente. La solución debe ser la misma que la que se establece para los supuestos de desheredación injusta (art. 851 del Código civil) y de preterición (art. 814 del Código civil). Este, tras la reforma de 1981, acoge el mismo criterio que inspira a aquélla en cuanto a la reducción prioritaria de la institución, conforme al criterio imperante ya en nuestro Derecho histórico (Ley V, Tít. VIII de la Partida 6.<sup>a</sup>).

En el caso de partición de la herencia por el propio testador, conforme al artículo 1.056, en la que se incluyen bienes gananciales, podemos encontrarnos con el mismo problema ante la existencia de legitimarios. Según hemos defendido, parece aconsejable que el cónyuge disponente prevea en el testamento la eventualidad de que los bienes que incluye en la partición no se adjudiquen en su haber, y ordene, para tal circunstancia, que dichos bienes sean sustituidos por aquellos que los vengán a reemplazar tras la división de la sociedad de gananciales. No habría aquí problema para el legitimario beneficiario de tal disposición, ya que, se acepte o no nuestra postura amplia, recibirá siempre bienes de la herencia.

De no haber previsto esta circunstancia el testador, o admitimos que el legitimario debe conformarse con la percepción del metálico, previo reajuste del valor de las cuotas o, ante la tesitura de impugnar toda la partición realizada, parece que podría mantenerse la existencia de una voluntad presunta del causante en el sentido de completar o llenar el lote del adjudicatario de esos bienes gananciales, atribuidos a la parte del supérstite, con los otros bienes del mismo carácter asignados a su porción que, por tanto, no se habrán atribuido expresamente a nadie.

Ello, como vimos, parece más fácil de mantener en el caso de

que haya habido una previa fijación de cuotas. Pero incluso cuando la partición se ha hecho directamente por vía de asignaciones concretas, y teniendo en cuenta que el testador debe saber la eventualidad a la que están sujetas las disposiciones testamentarias de bienes gananciales, no parece carente de toda lógica suponer que, para estos casos, habría querido atribuir al legitimario los bienes que se han adjudicado a su lote en sustitución de aquellos otros de los que dispuso.

En la práctica, si lo que el testador quiere es que en ningún caso el legitimario reciba dinero extrahereditario en pago de su legítima, parece aconsejable que la disposición sobre los gananciales sea *in abstracto*, sin referencia alguna a bienes concretos, que pueden provocar la conversión de la disposición en un legado por el valor de aquéllos al tiempo del fallecimiento.

Asimismo, parece claro que, para saber el importe definitivo de la herencia del testador, hay que esperar a los resultados de la liquidación y división de la sociedad conyugal, y que la situación patrimonial efectiva de ésta en el momento de su extinción puede haber variado, en el sentido de no poder permitir la adjudicación de todos los bienes de que el testador dispuso, o ni siquiera otros en sustitución de aquéllos, dada la limitación cuantitativa que establece el artículo 1.379. Por ello, si la intención del testador es que el legitimario reciba bienes sería aconsejable que la disposición en favor de éste no se redujera exclusivamente a bienes gananciales, sino que incluyera también bienes propios, que no están sujetos como aquéllos a las responsabilidades de los artículos 1.399 y ss. del Código civil, haciendo con ello aleatoria la futura composición del patrimonio.

No obstante lo anterior, parece necesario hacer algunas matizaciones en el caso de que la disposición testamentaria se haga en favor del cónyuge viudo. Sin perjuicio de que en líneas generales se pueda aplicar el mismo régimen jurídico que para los demás casos, no hay duda de que aquí se presenta una importante especialidad: si el bien ganancial de que ha dispuesto el testador no es adjudicado en su lote tras la liquidación, va a ser adjudicado precisamente en el lote del cónyuge sobreviviente como parte de los gananciales que le corresponde. Este dato tiene la suficiente relevancia como para modificar las soluciones propuestas en algún caso. Así, por ejemplo, si el viudo es el único heredero, en concurrencia con algunos legatarios, y los bienes gananciales de que dispuso el testador en favor de aquél no se adjudican en el lote del causante, no tiene sentido entender que existe un legado por el valor de esos bienes. Y ello, no tanto porque esta solución esté en contra de la presumible intención del testador, ya que el viudo recibiría esos bienes gananciales como pago de la mitad que le corresponde tras la liquidación y el resto de los que van a parar al lote del testador, sino sobre todo porque debería pagarse el legado a sí mismo.

En definitiva, la solución del artículo 1.380 sólo va a tener aplicación cuando pueda afirmarse que la misma coincide con la presumible intención del testador, y no cuando haya datos que nos inclinen hacia otra diferente. No obstante, nada impide que en los casos normales se pueda considerar legado el valor de la cosa, si ésta no es adjudicada en el lote del testador, aunque en este punto pueda plantear algunas dudas la posición sucesoria que ocupa el viudo, por tener derecho a la mitad del remanente líquido de los gananciales practicada la liquidación.

La solución que ofrece nuestro Derecho histórico no es del todo diferente. Conforme a la Ley XVI de Toro: «Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes, é la tal manda en lo que de derecho debiere valer». Esta disposición, recogida en la Ley 8.<sup>a</sup>, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación, suponía que el objeto legado no se debía incluir en la parte de gananciales correspondiente a la viuda, sino que éste tenía derecho a dicha mitad y a la cosa legada que, por tanto, en ningún caso se le imputaba a su parte de gananciales (155).

La posibilidad contraria sería la de retirar el objeto legado antes de la liquidación del haber común, limitándose éste al remanente. Lo que ocurre es que, en estos casos, el beneficio que va a obtener el cónyuge legatario siempre será menor cuantitativamente que de practicarse antes la liquidación y división de la sociedad de gananciales y proceder luego al pago del legado.

A nuestro juicio, cuando un cónyuge dispone testamentariamente en favor del otro de una cosa ganancial debe entenderse que, aparte la mitad que le corresponda al viudo en los gananciales, el testador quiere que aquél reciba la totalidad de la cosa, o su valor si no es posible que se le adjudique en su lote. Esta es la solución que se plasma en el artículo 1.380 del Código civil y de la que sólo se podrá prescindir cuando en el testamento haya datos suficientes que impongan otra diferente. Así sucederá cuando el cónyuge viudo sea el único heredero, o cuando el testador realice la partición de sus bienes al amparo del artículo 1.056, en el sentido anteriormente señalado.

En otro caso, si la cosa ganancial no es adjudicada en el lote del testador, al no ser posible su cumplimiento *in natura*, se entiende legado el valor de la misma (156). No hay aquí propiamente un aumen-

---

(155) Cfr. S. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1852 (reproducción facsímil de Banchs ed., Barcelona, 1974), pp. 141 y ss.; J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, I, Valencia, 1803, p. 41; P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. M. MONTALBAN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1881, p. 391.

(156) Debe tenerse en cuenta que, si la cosa ganancial de que dispuso el testador

to del caudal hereditario, porque el resto de los sucesores obligados a pagarlo recibirán como un *plus* los bienes gananciales de que no dispuso el testador, cuyo valor cuando menos equivaldría al del legado a que se refiere el artículo 1.380, ya que siempre habrá que tener en cuenta el límite cuantitativo de la disposición que se recoge en el artículo 1.379. Este, por tanto, va a impedir el endeudamiento de los obligados al pago, ya que siempre recibirán el equivalente en los bienes de que no dispuso el testador pero que se adjudican a su lote. De esta manera, si la disposición testamentaria sobrepasa dicho límite será ineficaz en cuanto al exceso, o en su totalidad si no queda remanente tras la liquidación de la sociedad conyugal.

---

se atribuye al cónyuge sobreviviente como pago de su parte de los gananciales, no pueden vincularle las cargas que aquél hubiera podido establecer sobre la cosa, salvo que por la naturaleza de las mismas puedan entenderse aplicables también al metálico en que consiste el legado.

